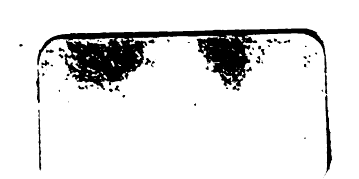

3 2044 103 267 654


218
10



Lawrence

ÉTUDE

DE

LÉGISLATION COMPARÉE ET DE DROIT INTERNATIONAL

SUR LE MARIAGE.

ÉTUDE

DE

LÉGISLATION COMPARÉE

ET DE

DROIT INTERNATIONAL

SUR LE MARIAGE

PAR

W.-B. LAWRENCE,

Ancien Ministre des États-Unis d'Amérique à Londres.

Extrait de la REVUE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE LÉGISLATION COMPARÉE, T. II, 1870.

GAND,

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE DE I.-S. VAN DOOSSELAERE.

1870.

2/1

Filmed by IDC 1987

I.

Du mariage dans le droit commun (1). — Quand on examine la législation comparée et le droit international, qui régissent le mariage tel qu'il est maintenant reconnu dans les États civilisés de l'Europe et de l'Amérique, c'est-à-dire « l'union volontaire et pour la vie d'un homme avec une femme, » la première question qui se présente est celle-ci : d'où vient cette institution? Est-elle un sacrement religieux, ou une institution civile?

La connaissance de ce point est nécessaire pour comprendre la loi commune de l'Europe, avant qu'il existât aucune législation spéciale sur le mariage.

Cet examen se rapporte directement aux discussions pendantes encore de nos jours en Allemagne, de même que dans l'empire d'Autriche, discussions qui pourraient bien aboutir à l'adoption générale en Europe du mariage civil, tel qu'il se trouve dans le Code français, mais, nous l'espérons, sans les exagérations de ce Code, en ce qui concerne le consentement des parents. Quant à un retour de la législation à l'ancien système du droit commun qui est conservé en Écosse et aux États-Unis, et qui seul, d'après nous, remplit la condition de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, et

(1) La substance de cet article se trouvera dans le III[e] volume du *Commentaire*, écrit par l'auteur sur le « *Droit international*, etc., de Wheaton », ouvrage qui est en ce moment en cours de publication, chez F.-A. Brockhaus, de Leipzig. (V. le compte-rendu des deux premiers vol. au T. I de la *Revue de droit international*, pp. 637-643.)

garantit la femme contre toute violation impunie de sa personne, — nous n'osons y compter, quelque désirable qu'il nous paraisse.

Sans méconnaître le moins du monde les bienfaits innombrables du christianisme, il faut avouer qu'il n'est pas complètement exact d'attribuer à ses doctrines le mariage monogame. Il se peut que les expressions « christianisme » et « civilisation » soient aujourd'hui synonymes, mais nous qui avons tant d'obligations aux Grecs et aux Romains, nous ne pouvons ignorer leurs législations.

La monogamie, en opposition avec la polygamie, est plutôt l'indice d'un progrès humanitaire que l'effet d'un dogme quelconque. C'est ainsi que le vice-roi ou *khédive* d'Egypte rend hommage à la civilisation, quand, émettant comme complément à l'*Irade* du 27 mai 1866, un décret qui établit la succession au trône de père en fils, il déclare qu'à l'avenir le vice-roi n'aura qu'une épouse légitime, laquelle ne pourrait être répudiée que si elle n'avait pas d'enfant mâle (1).

La polygamie était non-seulement tolérée parmi le peuple choisi de Dieu comme le dépositaire de ses lois et le précurseur de la chrétienté, mais elle était aussi autorisée par l'exemple des patriarches eux-mêmes.

D'autre part, la polygamie n'était une institution légale ni en Grèce, ni à Rome. Produisant des conséquences à peu près identiques dans les deux pays, la monogamie existait en principe, et l'union de l'homme et de la femme par le mariage constituait, comme à présent, le plus important contrat de la vie humaine.

Les cas de bigamie étaient tout à fait exceptionnels et complètement en dehors des usages helléniques, même aux temps les plus reculés.

Quoique les femmes grecques ne fussent pas aussi considérées que les femmes romaines, leur état pourrait avantageusement se comparer à celui des femmes de plusieurs pays chrétiens. Platon, énumérant les devoirs des épouses, met dans leurs attributions les soins du ménage, la surveillance des domestiques, esclaves ou libres, l'éducation physique des enfants.

Quelque opposées à nos idées que soient la puissance maritale appliquée à la *manus* et la puissance paternelle des Romains, il faut reconnaître dans leur existence le principe de la famille, principe qui remonte jusqu'au temps de Romulus. La lutte, qui dura si longtemps entre les patriciens et les plébéiens pour obtenir la loi Canuleia (309 av. J.-C.), abrogeant la disposition des douze tables qui défendait le mariage entre patriciens et plébéiens, et pour procurer à ces derniers le *jus connubii*, démontre la

(1) *Annuaire des Deux-Mondes*, 1866-1867, p. 565.

haute valeur attachée par les Romains à une union régulière et légitime. L'introduction des familles plébéiennes dans les familles patriciennes, fut une des causes qui contribuèrent le plus à effacer la différence qui existait entre les deux castes (1).

Les femmes romaines avaient le gouvernement de la maison conjugale; elles élevaient les enfants, veillaient à l'honneur de la famille et partageaient les distinctions, l'estime et le respect accordés à leurs époux.

Il ne faut pas voir une dérogation au caractère de *vir* et d'*uxor* dans l'existence, à côté du *connubium,* du *concubinat,* qui peut être assimilé aux quasi-mariages allemands dont nous parlerons plus loin. C'était une union licite des sexes, qui avait ses conditions légales d'existence et ses effets civils. Le consentement des époux et celui des ascendants sous la puissance desquels ils se trouvaient, étaient indispensables pour sa formation. Les conjoints ne pouvaient, avant la dissolution d'une première union, en contracter une nouvelle. L'inégalité de condition ou de fortune entre eux était presque la seule circonstance qui distinguât le concubinat des justes noces, *justae nuptiae.*

Dans l'un comme dans l'autre cas, aucune cérémonie civile ou religieuse n'était nécessaire pour valider le contrat. Justinien, pour la première fois, dans les *Novelles* 74 (ch. 4 et 5) et 117 (ch. 4), a exigé que la volonté de contracter mariage fût manifestée suivant certaines formes, et encore ne l'a-t-il exigé que relativement aux dignitaires (2).

Le christianisme n'a été adopté comme religion officielle de l'empire romain qu'en l'année 313, sous le règne de Constantin; le jurisconsulte Modestin, qui fut consul en 228, avait ainsi défini le mariage : *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* (L. 1, de ritu nuptiarum, 23,2). Justinien dans les *Institutes* (de patria potestate) s'est borné à reprendre cette définition en supprimant les mots qui se rapportent au culte des dieux domestiques (3).

On dit que le christianisme amena la suppression des différences entre le concubinat et le mariage. Il est difficile de croire que la dignité de ce dernier fut relevée par la manière dont ce changement fut introduit.

(1) Ortolan, *Institutes de Justinien,* tome I, p. 144.

(2) Demangeat, *Droit romain.* t. I, p. 233.

(3) Ibid. Voici cependant une autre définition du mariage, donnée par Ulpien : *justum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui juris sunt aut etiam parentes eorum si in potestate sunt.* » Domitii Ulpiani, *Liber singularis regularum,* t. V, de his qui in potestate sunt, § 2. Ed. Gneist, 1838, p. 303. Ulpien, qui est celui de tous les jurisconsultes à qui les *Pandectes* ont le plus emprunté, était, comme on sait, le maître de Modestin, et fut assassiné l'année même où celui-ci devint consul.

L'histoire raconte que l'empereur Justinien, époux de Théodora, ancienne actrice du cirque, fit disparaître jusqu'aux derniers vestiges de la différence entre le concubinage et les justes noces, en appelant à partager tous les bénéfices du mariage légitime les femmes de théâtre, qui en étaient restées spécialement exclues jusqu'alors.

Quelque universel que soit l'assentiment accordé dans les États-Unis au christianisme, la religion est une matière dont aucune branche du gouvernement ne peut s'occuper officiellement. Il est déclaré dans la constitution fédérale que le congrès ne pourra faire de lois pour établir une religion ou en interdire l'exercice. Les constitutions individuelles de tous les États sont basées sur le même principe. On cite aussi un traité conclu en 1796 avec un des États barbaresques, qui dit expressément que « le gouvernement des États-Unis n'est pas fondé sur la religion chrétienne (1). »

Quoiqu'on insère ordinairement dans la loi organique de chaque *territoire* (2) que ces lois seront présentées au Congrès, il a été décidé par la Cour suprême que les citoyens qui émigrent des États dans les nouveaux territoires, emportent avec eux tous les droits dont ils jouissent dans les États.

Ce n'est pas par conséquent parce que la polygamie est une offense contre le christianisme que le Congrès a passé l'acte du 1er juillet 1862 (3) : « pour punir et empêcher la polygamie dans les territoires des États-Unis, et pour désapprouver et annuler certains actes de l'assemblée législative du territoire d'Utah », pays où sont établis les Mormons. Le Congrès avait certainement le droit de ne pas permettre de telles lois, mais ce droit ne résultait pas de considérations religieuses auxquelles il lui est défendu de toucher. Il les a condamnées comme il aurait dû condamner une loi qui eût autorisé le parricide, ou tout autre acte qui aurait violé la loi universellement reconnue par le monde civilisé comme loi de la nature.

Que le mariage mormon ne soit pas un mariage aux yeux du monde civilisé, c'est ce qui vient d'être décidé par le tribunal ayant juridiction sur les causes matrimoniales en Angleterre.

La Cour dit : « que le mariage contracté dans un pays où la polygamie est sanctionnée par la loi, entre un homme et une femme qui professent une foi qui l'autorise, n'est pas le mariage tel qu'on le comprend dans un

(1) *United States statutes at large*, vol. VIII, p. 155. Treaty of 10 Febr. 1796 between the U. S. of America and the Bey and subjects of Tripoli of Barbary.

(2) District qui n'est pas encore admis dans l'union fédérale comme État, et qui, jusqu'à son admission, est soumis au contrôle direct du Congrès.

(3) *United States statutes at large*, vol. XII, p. 501.

pays chrétien; et cela, quoiqu'il constitue une union valide d'après la *lex loci*, et qu'à l'époque où il a été contracté, l'homme et la femme fussent tous deux libres et capables de contracter mariage. »

Il paraît que, quand cette décision a été rendue, la Cour était sous l'impression qu'un tel mariage était valable dans l'Utah. Elle avait été induite en erreur par le témoignage d'un soi-disant expert, qui s'intitulait conseiller à la Cour suprême des États-Unis. Le procès n'a été jugé qu'en 1866. L'expert déposa, malgré la loi de 1862 qu'il paraît avoir ignorée, qu'un tel mariage serait reconnu par le haut tribunal auquel il prétendait être attaché (1).

L'église chrétienne, se renfermant dès le commencement dans le principe fondamental du droit romain, déclarait que le mariage résulte du consentement des parties, même sans aucune forme. Dans les constitutions apostoliques, il n'y a pas de bénédictions nuptiales, quoiqu'on y parle de toutes les autres sortes de prières (2). La loi canonique qui, d'après la tradition ecclésiastique, remonte à St-Clément, un des successeurs immédiats de St-Pierre, ne niait pas, avant le Concile de Trente, la validité des mariages qui ne dépendaient que du consentement des parties.

Les actes du Concile de Trente (1545-1563) marquent une nouvelle époque dans l'histoire du mariage. Quoique le Concile ait prononcé l'anathème contre quiconque niait que le mariage soit un des sacrements évangéliques, il n'a pas voulu déclarer invalides les mariages contractés sans la bénédiction ecclésiastique, et il a en même temps frappé d'anathème ceux qui diraient que le mariage des enfants de famille, contracté sans le consentement de leurs parents, est nul.

Il paraît, d'après les actes du Concile de Trente, qu'on n'avait pas pour objet de substituer la solennité religieuse du mariage au simple consentement des époux; mais d'établir un système qui empêcherait, pour l'avenir, les scandales provenant de la répudiation, par des personnes appartenant à l'église, de mariages clandestins dont les preuves manquaient,

Les premières rédactions avaient exigé la présence de trois témoins, mais n'avaient pas parlé d'un prêtre. C'est dans la dernière rédaction, celle du 26 octobre 1563, que le troisième témoin fut remplacé par le prêtre de la paroisse (3).

D'après Pothier « quoique la forme prescrite par le Concile pour les mariages soit très sage, et qu'elle ait été en conséquence adoptée et con-

(1) *Law Reports, Probate and Divorce*, vol. I, p. 130. Hyde vs. Hyde and Woodmanseé.
(2) Friedberg, *das Recht der Eheschliessung*, p. 6.
(3) Ibid., p. 107.

firmée par les ordonnances de nos rois, néanmoins le Concile excédait son pouvoir en déclarant nuls, de sa seule autorité, les contrats de mariage où elle n'aurait pas été observée ; car les mariages, en tant que contrats, appartiennent comme tous les autres contrats, à l'ordre politique, et ils sont par conséquent de la compétence de la puissance séculière et non de celle du Concile, à qui il n'appartenait pas de statuer sur leur validité ou leur invalidité (1). »

La nature de l'ordonnance du Concile de Trente est expliquée dans le sens que nous avons indiqué dans un rapport fait au Sénat italien, lors de l'établissement du mariage civil dans ce pays (2).

Que ce décret n'ait jamais été regardé comme obligatoire, excepté pour les catholiques romains, et par eux seulement comme matière de religion, c'est ce qui apparaît dans un exposé des vues de l'Église, adressé en 1866, par les évêques d'Irlande, à la commission royale instituée pour faire une enquête sur la loi du mariage.

« Le mariage, disent-ils, peut être considéré sous deux aspects différents, comme institution de la nature, et comme sacrement chrétien. Un mariage entre deux personnes non-baptisées ne doit pas être considéré seulement comme un contrat social, mais bien comme un contrat qui emprunte sa validité à la loi naturelle et non à la loi civile. Quant à un mariage entre personnes baptisées, ou c'est un sacrement ou ce n'est pas un mariage. Nous tenons qu'à l'Église appartient exclusivement l'autorité nécessaire pour régler l'union matrimoniale entre chrétiens. Les mariages conclus sans la présence d'un prêtre et de témoins ont toujours été défendus comme étant des péchés ; cependant ils n'étaient pas nuls, avant que le Concile de Trente, pour empêcher les graves inconvénients provenant des mariages clandestins, eût ordonné que les mariages conclus sans la présence du prêtre de la paroisse d'une des parties, ou d'un prêtre délégué par lui ou par l'évêque seraient nuls, non avenus et sans effet. Mais le Concile ordonnait que cette loi ne serait obligatoire que trente jours après sa publication dans chaque paroisse. La loi a été publiée dans toutes les paroisses d'Irlande, mais dans quelques-unes seulement le 2 décembre 1827. Comme elle n'a été obligatoire d'après le décret interprétatif de Pie VI du 7 mars 1785, que pour les catholiques seuls, nous tenons pour valable le mariage clandestin d'un protestant avec une catholique, quoique ce soit un péché. Mais quant au mariage contracté en Irlande par deux catholiques devant le *Registrar* du gouvernement, ou devant un prêtre ou évêque quelconque, autre que le prêtre ou l'évêque de l'une des parties ou que le prêtre délégué par lui, nous le considérons comme absolument nul et non avenu, quoique la loi du pays en reconnaisse la validité (3). »

(1) Pothier, éd. 1861, tome VI, p. 158, *Du Contrat de Mariage*, part. IV, ch. I, sect. 3.

(2) Huc et Orsier, *le Code civil italien*, t. I, p. 35.

(3) *Report of the Royal Commission on the Laws of marriage*. App., pp. 2 et 52.

La validité d'un mariage sans la bénédiction nuptiale est pleinement reconnue même dans le bref de Pie VIII du 25 mars 1830 à l'archevêque de Cologne, d'où date la célèbre lutte entre le roi de Prusse, Frédéric-Guillaume III et le Saint Siége, lutte qui dura jusqu'à la mort du premier. Non-seulement les mariages où la forme prescrite par le Concile de Trente n'a pas été observée, sont déclarés valides, mais il est permis aux prêtres catholiques de donner à de tels mariages une *adsistentia puramente passiva*. Dans ce bref, après avoir défendu aux évêques d'accorder la bénédiction nuptiale dans les cas de mariages mixtes, il est dit :

« Nunc autem per nostras has litteras volumus et mandamus ut matrimonia mixta quæ posthac (a die videlicet 25 Martii 1830) in Vestris diocesibus contrahi contingat, non servata forma a Tridentino concilio præscripta, si eisdem nullum aliud obstat canonicum dirimans impedimentum, pro ratis ac veris connubiis habeantur, prout Nos auctoritate nostra apostolica matrimonia eadem vera et rata fore declaramus atque decernimus, contrariis non obstantibus quibuscumque. Quoad circa catholicæ personæ, quæ in posterum matrimonium hoc modo contraxerint, dum nullum aliud eis obstaret dirimans canonicum impedimentum, a sacris pastoribus edocendi erunt, ipsas verum et ratum conjugium inivisse (1). »

On a établi autrefois en Sardaigne, sous l'ancien système, et encore aujourd'hui en Espagne (2) et en Portugal, que la bénédiction nuptiale n'est pas nécessaire pour la validité du mariage. Les deux parties déclarent devant leur propre curé, et en présence d'au moins deux témoins, leur intention de se prendre pour mari et femme. La bénédiction n'est pas regardée comme une formalité substantielle, et même le refus du curé de bénir le mariage ne le rend pas nul ; il suffit pour sa validité que le curé ait entendu la déclaration des parties.

Dans les pays où le droit canonique a force de loi, en matière de mariage, le clergé catholique refuse de donner la bénédiction nuptiale aux mariages mixtes, à moins d'un engagement préalable, pris par les futurs époux, d'élever les enfants dans la religion catholique. Dans ces pays les futurs époux, dont l'un n'est pas catholique, se bornent à faire en présence du curé ordinaire et de deux témoins la déclaration de se prendre pour mari et femme, sans réclamer la bénédiction nuptiale. Tel est l'objet de la bulle rendue le 22 mai 1841, pour les provinces autrichiennes, faisant partie de l'ancienne confédération germanique. Ce mode de procéder pourrait aussi

(1) MARTENS, *Nouveau Recueil*, t. XIV, p. 5 ; Ibid. t. XV, pp. 58-588 ; Ibid. t. XVI, p. 387 ; Ibid. t. XVII, pp. 94, 382.

(2) Le mariage civil vient d'être établi en Espagne (décembre 1869).

être employé dans les pays où, comme en France, la loi civile ne s'occupe pas de la religion des époux, par la partie catholique qui désirerait conserver ses rapports de culte, lorsque son futur conjoint refuse de prendre l'engagement relatif à la religion des enfants (1).

Nous avons déjà vu, par l'exposé des évêques irlandais, que c'est le prêtre de la paroisse ou son substitut, tel qu'il est désigné par le décret du Concile de Trente, qui seul peut régulièrement célébrer le mariage. En voici un exemple tiré d'un des épisodes les plus intéressants de l'histoire en France :

« On touchait, » dit Thiers, parlant du couronnement de Napoléon et de Joséphine, « à la veille de cette grande solennité, c'est-à-dire au 1er décembre 1804. Joséphine avait pénétré auprès du Saint-Père. Elle avait déclaré qu'elle n'était mariée que civilement à Napoléon.

» Le Pape, scandalisé d'une situation qui, aux yeux de l'Eglise était un concubinage, demanda sur le champ à entretenir Napoléon et déclara dans cet entretien qu'il pouvait bien le sacrer lui, car l'état de conscience des Empereurs n'avait jamais été recherché par l'Église quand il s'agissait de les couronner, mais qu'il ne pouvait, en couronnant Joséphine, donner la consécration divine à un état de concubinage. Napoléon, irrité contre Joséphine de cette indiscrétion intéressée, craignant de violenter le Pape, qu'il savait invincible sur les affaires de foi, ne voulant pas d'ailleurs changer une cérémonie dont le programme était déjà publié, consentit à recevoir la bénédiction nuptiale. Joséphine vivement réprimandée par son époux, mais charmée de ce qu'elle avait obtenu, reçut, la nuit même qui précéda le couronnement, le sacrement du mariage dans la chapelle des Tuileries. Ce fut le Cardinal Fesch, ayant pour témoins M. de Talleyrand et le maréchal Berthier, qui, dans le plus profond secret, maria l'Empereur et l'Impératrice. Ce secret fut fidèlement gardé jusqu'au divorce (2). »

Le même historien que nous venons de citer raconte les mesures qui se lient à la décision fatale de Napoléon de rompre avec tous ses antécédents, et de dissoudre son mariage avec Joséphine. Le divorce fut prononcé par un Sénatus-consulte du 15 décembre 1809.

« L'archichancelier Cambacérès avait été chargé de poursuivre la dissolution du lien spirituel afin de lever les scrupules des cours de religion catholique, si l'on était ramené à une princesse de cette religion. La résolution de se passer de l'intervention du Pape avait également prévalu (3). L'archichancelier Cambacérès réunit une commission de sept évêques, « présidée par le Cardinal Maury »

(1) Foelix, *Traité de droit international privé*, t. II, pp. 461-505. Voir Pothier, t. VI, p. 159 note, éd. 1861, par Bugnet.

(2) Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. V, p. 262.

(3) Le Pape était alors prisonnier à Savone, où il avait été conduit, après avoir été enlevé du Quirinal, le 9 juillet 1809.

à laquelle il soumit le cas dont il s'agissait. Ces savants hommes, après un examen approfondi, reconnurent que si, pour dissoudre un mariage régulier dans un grand intérêt d'État, la seule autorité compétente était le Pape, l'autorité diocésaine suffisait pour un mariage irrégulier comme celui dont il s'agissait.

» En conséquence de cet avis une procédure canonique fut instruite sans bruit à la requête de l'archichancelier, représentant de la famille impériale, pour parvenir à l'annulation du mariage religieux. Le Cardinal Fesch déclara s'être fait remettre par le Pape des dispenses de l'inobservance de certaines formes dans l'accomplissement de ses fonctions de grand-aumônier; ce qui justifiait, suivant lui, l'absence de témoins et de curé. Quant au titre, il en affirmait l'existence. MM. de Talleyrand, Berthier et Duroc affirmaient que Napoléon leur avait dit, à plusieurs reprises, n'avoir voulu consentir qu'à une pure cérémonie, pour rassurer la conscience de Joséphine et celle du Pape, mais que son intention formelle, à toutes les époques, avait été de ne point compléter son union avec l'Impératrice, ayant la malheureuse certitude d'être obligé bientôt de renoncer à elle dans l'intérêt de son empire.

» L'autorité ecclésiastique, tout examen fait, reconnut qu'il n'y avait pas consentement suffisant; mais, par respect pour les parties, elle ne voulut point s'appuyer spécialement sur cette nullité. Elle s'attacha à d'autres nullités tout aussi importantes, et qui provenaient de ce qu'il n'y avait point eu de témoins, point de *propre prêtre*, c'est-à-dire pas de curé de la paroisse (seul ministre accrédité par le culte catholique pour donner authenticité au mariage religieux). Elle déclara que les dispenses accordées au cardinal Fesch d'une manière générale, n'avaient pu lui conférer les fonctions curiales, et que dès lors le mariage était nul pour défaut des formes les plus essentielles.

» En conséquence, le mariage fut cassé devant les deux juridictions diocésaine et métropolitaine, c'est-à-dire en première et seconde instance, avec la décence convenable et la pleine observance du droit canonique. » (1)

Dans la plus grande partie de l'Europe catholique, le décret du Concile de Trente fut promulgué par l'autorité de l'État, et dans ces pays il a cette force de loi interne qui ne lui est pas accordée dans les États de l'Église même, excepté pour les catholiques. Quant à la France, Pothier dit :

» Le Concile de Trente ne put être reçu en France, malgré les efforts que firent la cour de Rome et le clergé pour l'y faire recevoir. Tous les catholiques. reconnaissaient et ont toujours reconnu que les décisions de ce Concile sur le dogme, sont la foi de l'Église; mais l'atteinte qu'il donne dans ses décrets de discipline au droit de la puissance séculière et à nos maximes sur un très grand nombre de points, fut et sera toujours un obstacle insurmontable à sa réception dans ce royaume (2). »

(1) Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. XI, p. 234.

(2) Pothier, *OEuvres*, t. VI, p. 158. Éd. 1861, *Contrat de Mariage*, IVme part., Ch. I, sect. 3-5.

L'édit de Trente fut promulgué par Philippe II dans ses États européens. Mais les lois, connues sous le nom de *Partidas*, qui avaient été faites antérieurement pour l'Amérique espagnole, y restèrent toujours en vigueur, et leurs dispositions sur le mariage étaient d'accord avec la loi commune de l'Europe, telle que nous l'avons expliquée.

L'église protestante n'arriva pas aisément à une doctrine constante sur le mariage ; mais les lois du mariage, telles qu'elles existaient avant le Concile de Trente, furent maintenues à l'époque de la Réformation.

Les ordonnances évangéliques du XVIme siècle, tout en ne déniant pas au mariage un caractère religieux, ne le reconnaissent pas comme sacrement. Ce n'est qu'à la fin du dernier siècle et au commencement du siècle actuel que le mariage religieux prend en Allemagne le caractère d'une nécessité absolue.

Aujourd'hui, dans les États évangéliques du continent, le mariage religieux est ordonné par la loi, et les prêtres ou ministres le célèbrent comme délégués ou officiers du pouvoir civil dans les États où ils sont établis. Dans le cas de *sponsalia de præsenti*, même suivis de cohabitation, le mariage n'est pas ordinairement reconnu comme obligatoire, à moins que les époux ne soient unis par le prêtre et la bénédiction prononcée (1).

Jusqu'à ce que la Chambre des lords eût été appelée, en 1843, à examiner la question, on n'avait pas mis en doute que, d'après la loi commune de l'Europe, aucune cérémonie religieuse ne fût requise pour rendre un mariage valable. Ainsi Grotius considère le mariage comme étant un contrat *jure gentium* qui ne demande pour sa validité, d'après le droit naturel ou le droit public, que le consentement des parties. Selon ce droit, les mariages ne sont pas nuls par le défaut de consentement des père et mère ; et Grotius répond à ceux qui demandent un tel consentement que la seule obligation du respect n'a point pour effet de rendre nul l'acte qui lui est contraire (2). — Blackstone, l'illustre commentateur anglais, qui fût en même temps un juge éminent, est d'accord avec tous les juristes qui l'ont précédé ou suivi pour énoncer, comme un fait admis, que la solennisation du mariage par un prêtre est seulement *juris positivi* et non pas *juris naturalis aut divini* (3).

En janvier 1829, un membre de l'église d'Angleterre avait été marié en Irlande à une presbytérienne par un pasteur presbytérien. Pendant deux ans il vécut publiquement et maritalement avec elle. Plus tard il épousa

(1) Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 302.
(2) Grotius, t. I, p. 508, éd. Pradier-Fodéré.
(3) Stephen's *Blackstone's Commentaries*, vol. II, p. 266.

une autre femme. Accusé de bigamie il fut absous par les juges irlandais, à cause de l'invalidité du premier mariage; mais la cause fut portée devant la Chambre des Lords, qui demanda l'avis des juges. Neuf d'entre eux se trouvèrent d'accord avec les juges irlandais, et leur avis motivé fut présenté à la chambre le 7 juillet 1843, par le *Lord Chief justice of the Common Pleas* (Tyndall). La conclusion était que, « d'après la *common law* anglaise, les mariages célébrés par un ecclésiastique ordonné par un évêque sont seuls valides. »

Dans la Chambre des Lords, lord Brougham, lord Denman et lord Campbell soutenaient la validité du premier mariage. Le Lord Chancelier (Lyndhurst), lord Cottenham et lord Abinger se prononcèrent en sens contraire. Comme il y eut parité de votes, le jugement favorable au défendeur fut maintenu (1).

On aurait pu demander l'opinion du juge de la cour ecclésiastique (titre qu'on appliqua jusqu'en 1857 aux tribunaux qui jugent les mariages et les divorces, de même que les testaments et les successions *ab intestat*). Le juge de cette cour était alors le célèbre docteur Lushington : on aurait pu le consulter, non comme juge mais comme membre du conseil privé; mais on n'en fit rien.

Dans un cas ultérieurement porté devant lui, le docteur Lushington, faisant allusion à l'affaire Queen vs. Millis, s'exprima ainsi :

« Je puis dire que rien dans le langage des *law lords* (je ne parle pas ici des opinions exprimées par les juges de la *common law*) ne saurait en aucune manière être entendu comme impliquant qu'un tel mariage ne soit pas suffisant pour mettre la cour à même de prononcer un divorce *a mensa et thoro*. Je ne suis pas disposé à pousser la décision rendue dans ce cas un pas plus loin qu'elle n'est allée; surtout parce que les *law lords* étant divisés d'opinion, ce n'est qu'à cause de la forme dans laquelle la cause leur a été soumise qu'un jugement quelconque a été rendu (2). »

Que la décision dans le cas de Queen vs. Millis ne soit pas conforme aux vues de l'Église anglicane, c'est ce que démontre la déclaration faite devant la commission royale d'enquête par un évêque de cette église :

« Il n'y a aucun doute, dit l'évêque de Derry et de Raphoe, que le mariage ne soit essentiellement un contrat civil, dont la validité n'est subordonnée à aucune cérémonie religieuse. L'Église d'Angleterre et d'Irlande rejette le mariage du nombre des sacrements chrétiens et le regarde seulement comme une manière de vivre permise par la Sainte Écriture (3). »

(1) Clark and Finnelly. *Reports*, vol. X, p. 534, Queen vs. Millis.
(2) Robertson's *Reports*, vol. I, p. 580, Cotterel vs. Cotterel.
(3) *Report of Commission*, etc., p. 34. The Bishop of Derry and Raphoe.

Friedberg, qui est de tous les auteurs, celui qui donne, à notre connaissance, le meilleur sommaire historique des diverses législations sur le mariage, cite à l'encontre du jugement de la Chambre des Lords un grand nombre d'actes authentiques, établissant que le mariage sans la bénédiction d'un prêtre a toujours été valable en Angleterre, jusqu'à ce que la législation du Parlement en ait ordonné autrement. C'est en vain, dit-il, que le *Lord Chief Justice* Tyndall essaie de prouver par la formule de fiançailles anglo-saxonne et par une constitution de Lanfranc de l'année 1076, relative à la célébration du mariage, que les bénédictions nuptiales, faites à l'Église, étaient absolument nécessaires dans l'Angleterre du moyen-âge. Cette tentative a été combattue même par ses compatriotes, et notamment par les savantes dissertations de Stoddard (1).

Avant d'indiquer les empêchements au mariage établis par les diverses législations, il faut mentionner que quelques-uns sont dirimants, c'est-à-dire opérant la nullité, tandis que d'autres sont simplement prohibitifs, c'est-à-dire ne contenant que la défense dont la violation soumet les parties contrevenantes à des amendes ou à d'autres peines.

Bien qu'il soit universellement reconnu que l'inceste comme la polygamie est une offense envers la loi commune de l'humanité, il n'y a pas conformité absolue quant au degré de parenté ou d'affinité auquel la prohibition doit s'étendre.

« Les mariages entre personnes liées par les liens du sang, dans la ligne ascendante ou descendante, sont universellement considérés par la loi commune, la loi canonique et la loi civile, comme contre nature et illégaux. Il en est de même des mariages entre frère et sœur dans la ligne collatérale, qu'ils soient ou non du même lit; et certes de tels mariages répugnent aux principes les plus élémentaires d'ordre et de moralité sociale (2). »

Dans la plus grande partie des pays de l'Europe où les lois canoniques ont eu quelque influence, les prohibitions s'étendent beaucoup plus loin, et ni la loi commune, ni la loi canonique ne semblent avoir fait de distinction entre la consanguinité et l'affinité.

L'Angleterre est, à moins qu'il ne faille encore y ajouter l'État de la Virginie, le seul pays où des mariages valides entre beaux-frères et belles-sœurs, et entre l'oncle et la nièce soient impossibles. En France, la loi du 13 avril 1832 accorde au chef de l'État le pouvoir de lever les prohibitions en pareils cas.

(1) FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 464. V. BISHOP, *on Marriage and Divorce*, vol. I p. 229.

(2) STORY, *Conflict of Laws*, § 114, p. 169. Ed. Redfield.

Quoique de tels mariages soient défendus partout, le Pape dans les pays catholiques, et le Gouvernement, dans les pays protestants ou les pays qui ont adopté le mariage civil, exercent, dans le plus grand nombre des cas, le droit d'annuler toutes les prohibitions dans la ligne collatérale, à l'exception de celles qui se rapportent aux mariages entre frères et sœurs.

Il est difficile de trouver une raison qui justifie un système de prohibitions, accompagné du pouvoir de la part des autorités ecclésiastiques ou laïques de les lever. Les prohibitions ne devraient pas exister, à moins qu'elles ne soient exigées par la loi de la nature ou par la saine morale, et de tels cas n'admettent pas d'exceptions.

C'est un fait historique à noter que c'est précisément d'une dispense accordée pour le mariage de Henri VIII avec la veuve de son frère, et du refus subséquent du Pape de consentir au divorce dans ce cas, que date le schisme de l'Église anglicane (1).

Du mariage dans les législations spéciales de l'Europe. — Les législations spéciales de l'Europe ne se sont inspirées ni de considérations sur la nature civile ou religieuse de cette union, ni du désir d'interdire l'inceste, mais bien des intérêts de la classe privilégiée qui commandaient d'empêcher les mésalliances. Comme l'a spirituellement exprimé sir James Mac Intosh, « toute la portée des législations européennes en matière de mariage se résume dans la défense du *patrimony* contre le *matrimony* (du patrimoine contre le mariage). » La conséquence naturelle a été de rétablir dans ses attributions les plus vexatoires l'autorité paternelle de la loi romaine, de substituer le mariage d'intérêt au mariage d'inclination, et de subordonner, en un mot, toutes les autres considérations à celle de la position sociale.

En France, une loi de Henri II établit en 1556, avant le concile de Trente, que : « les enfants de famille qui se marient sans le consentement de leurs parents seront déshérités, et que les personnes qui assisteront au mariage seront condamnées à des peines à la discrétion des juges. » L'ordonnance de Blois (1579) contient les défenses les plus sévères contre les mariages clandestins, et dit « que les prêtres qui les célèbreront seront punis comme fauteurs du crime de rapt (2). »

En Allemagne il fut établi de bonne heure, non seulement pour les Électeurs, mais encore pour les autres princes, que les enfants nés d'un mariage entre personnes de condition inégale seraient incapables de toute succession. Le même principe a été étendu aux différentes classes des

(1) Froude's *History of England*, vol. I, p. 446.

(2) Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 524.

populations allemandes, et existe encore aujourd'hui, à moins qu'il ne soit aboli par la législation récente de la Confédération du Nord. Dans beaucoup d'États allemands un mariage entre un noble et une paysanne ou une bourgeoise, est jusqu'à ce jour considéré comme absolument nul.

L'Angleterre ne commença à régler le mariage qu'au milieu du siècle dernier. Pendant le siècle qui précéda le *Lord Hardwicke's act*, 1753 (26 Geo. II, c. 33. *Statutes at Large*, vol. VII, p. 528), les lords passèrent plusieurs *bills* pour empêcher les mariages clandestins, c'est-à-dire pour protéger l'aristocratie contre les mariages imprévoyants de leurs héritiers prodigues. Mais ces bills échouèrent tous dans la Chambre des Communes. L'acte de 1753 déclare que : « désormais aucune poursuite ne sera plus autorisée devant aucune cour ecclésiastique aux fins de contraindre à la célébration *in facie ecclesiae* d'un mariage contracté, soit *per verba de præsenti* soit *per verba de futuro*, après le 28 mars 1754. » Le même acte applique rigoureusement le principe de la loi romaine que nous avons vu requérir le consentement des parents, et que la loi canonique avait aboli. Outre qu'il exige la célébration de l'union par un ministre de l'église anglicane (sauf pour les Juifs et les Quakers), il établit des règlements très minutieux, dont l'omission devait entraîner la nullité du mariage. Nous avons donné ailleurs (*Commentaire sur le Droit International*, etc., tome III) un résumé des décisions rendues à ce propos par les cours ecclésiastiques d'Angleterre. Il suffit de dire ici que des mariages nombreux qui avaient duré jusqu'à 25, 27 et 38 ans, pendant lesquels les parties avaient conservé la possession d'état, ont été annulés, après la naissance de plusieurs enfants, à cause d'omissions dans les formalités prescrites pour obtenir une licence, quoique la licence elle-même eût été parfaitement en règle et qu'il ne fût pas question de clandestinité.

Le vice des formes n'était pas même couvert par la mort des parties.

Cela ressort d'un cas porté devant lord Ellenborough en 1809, et propre à montrer en même temps les entraves spéciales auxquelles étaient soumis les mariages des enfants illégitimes. Un homme avait épousé, en 1798, une fille naturelle, en présence de sa mère, d'après une licence qui attestait expressément le consentement de celle-ci. Il mourut au bout d'un an, laissant une fille. Un an plus tard, son père mourut, et la grande fortune de ce dernier dut revenir à sa petite-fille. Mais en 1809 la cour décréta que tout l'héritage devait lui être enlevé, parce que, comme on n'avait pas eu le consentement d'un tuteur nommé par le chancelier, conformément à l'acte de 1753, le mariage de ses père et mère était nul. Il fut décidé, par trois juges contre un, que le mariage par *licence* d'un enfant illégitime, avec le consente-

ment de sa mère, est nul, les mots « *père et mère* » de la section de l'acte en question se rapportant exclusivement à des parents légitimes (1).

L'acte 4 Geo. IV, c. 76 (18 juillet 1823, *Statutes at Large*, vol. IX, p. 401) qui, avec l'acte 6 et 7, Guill. IV, c. 85 (1836) règle aujourd'hui la loi du mariage en Angleterre, déclare que : « aucun mariage célébré d'après une licence accordée dans la forme et la manière prescrites par l'un ou l'autre des actes ci-dessus mentionnés, ne sera annulé pour l'absence du consentement d'un parent ou d'un tuteur. » Un mariage n'est pas invalidé parce qu'une licence est émise sous un nom qui n'est pas le nom véritable, mais un changement dans le nom, quelque léger qu'il soit, frappe de nullité un mariage célébré d'après la publication de bans.

Depuis 1836 un double système de lois règle les formes du mariage en Angleterre. A côté de la loi existante est venu se placer, sans l'abroger, l'acte 6 et 7 Guill. IV, c. 85, qui autorise le mariage d'après plusieurs modes différents, *sans l'intervention du clergé de l'église anglicane.*

Il nous est impossible d'entrer ici dans les détails des lois anglaises en ce qui concerne la résidence requise, la publication des bans, la licence ordinaire de l'autorité ecclésiastique dans l'un des systèmes, et la notice au *Registrar* et son certificat dans l'autre. Mentionnons toutefois, comme caractéristique des institutions anglaises, un mode de mariage réservé à l'usage des classes élevées.

On peut se marier par licence spéciale de l'archevêque de Cantorbéry, ce qui n'exige aucun délai; aucune période définie de résidence n'est requise pour une pareille licence. Elle autorise le mariage à toute heure du jour ou de la nuit, dans tout endroit consacré ou non. On ne l'accorde que pour des raisons spéciales, et pour une somme si considérable qu'elle est prohibitive pour tous ceux qui ne possèdent pas une certaine fortune (2).

Sir Roundell Palmer a fait dans les débats de la Chambre des Communes du 6 août 1869 un examen lucide des lois de la Grande Bretagne sur le mariage. Il constate la diversité, en Angleterre même, des conditions requises pour la publicité des mariages. Dans l'église établie où le *Registrar* n'existe pas, la règle est toute autre que pour les catholiques, les non conformistes, etc. La validité des mariages des Quakers peut même être révoquée en doute pour des motifs théologiques. Dans toutes ces formes de mariage, ajoute Sir R. Palmer, les conditions légales sont prescrites à peine de nullité, bien que la plupart ne semblent pas assez importantes pour que

(1) *East's Term Reports*, vol. XI, p. 1, Priestley vs. Hughes.
(2) *Report of Commission*, etc., p. 7.

leur omission, due peut-être à l'erreur ou au hasard, doive produire une aussi grave conséquence. Ainsi le fait que le mariage serait célébré dans un lieu non dûment consacré, ou enregistré dans une localité autre que celle où les bans ont été publiés, toute erreur enfin si légère qu'elle soit, commise par les parties quant au temps ou au lieu, rend le mariage entièrement nul quelque régulier qu'il puisse être sous tous les autres rapports (1).

Bien que, comme on l'a vu dans l'affaire Queen vs. Millis, la *loi commune* d'Irlande soit la même que celle d'Angleterre, il en est tout autrement pour les *statuts* qui règlent le mariage. Le *Lord Hardwicke's act* ne s'étendait pas à l'Irlande. Les mariages devant l'Église anglicane qui était, jusqu'en 1869, l'Église établie d'Irlande, sont soumis, à peu de choses près, dans ce dernier pays, aux mêmes règles qu'en Angleterre. En outre, on y a reconnu trois autres espèces d'unions conjugales : 1° le *mariage catholique romain*, laissé à l'action de la loi commune ; ce mariage n'a pas été affecté par le jugement, déclarant que la loi commune anglaise exigeait la présence d'un prêtre. Cependant, un mariage célébré par un prêtre catholique entre deux protestants, ou entre un papiste et un protestant, est frappé de nullité ; 2° les mariages solennisés par des ministres dissidents entre les dissidents protestants, en vertu de l'acte 7 et 8 Vict. C. 84, 1844, passé en conséquence du jugement dans l'affaire Queen vs. Millis ; 3° tous les autres mariages non conformistes, y compris les mariages des Quakers et des Juifs. Ce ne sont là que des cérémonies civiles. Toutefois le mariage contracté selon les usages d'une Église, dénomination ou corps de chrétiens protestants quelconque, doit être solennisé par un ministre du culte, auquel appartient au moins une des parties. Les détails de la loi ressemblent à ceux des lois anglaises en pareil cas (2).

Passons à la loi écossaise. Un écrivain qui la critique dans la *Revue d'Edimbourg*, déclare cependant que, en établissant le mariage dans des circonstances dont on ne le déduirait pas d'après les lois d'autres pays, cette loi protége le sexe faible contre le sexe fort, et devient l'égide de l'honneur de la femme (3).

D'après un jugement récent du plus haut tribunal écossais, « le principe dominant est que le consentement fait le mariage. » Quant au mariage *de præsenti,* aucune formule ou cérémonie civile ou religieuse, aucune notice, publication, aucune consommation ou cohabitation, aucun écrit, aucun témoin, rien de semblable n'est essentiel ; le consentement peut être

(1) *London Times*, aug. 7., 1869.
(2) *Report of Commission*, etc., p. XIII.
(3) *Edinburgh Review*, july 1869, p. 274.

efficacement échangé verbalement, quoiqu'aucune autre personne ne soit présente; même après plusieurs années il peut être prouvé par des reconnaissances faites par écrit ou par serment, ou de toute autre manière, qu'un tel consentement a été donné sérieusement et avec intention.

Dans ce cas, les parties seront regardées comme ayant été mariées à cette époque, qu'elles aient ou non cohabité dans l'intervalle (1).

Ce consentement mutuel peut être établi *by habit and repute*, par l'opinion de parents, d'amis et de connaissances, fondée sur le fait que deux personnes vivent ensemble comme mari et femme, de même que par les déclarations ou aveux des parties. Pour les personnes ayant l'âge requis (14 et 12 ans), aucun consentement de parents ou de tuteurs n'est exigé.

Les mariages peuvent aussi être faits par *verba de futuro;* mais une simple promesse ne constituera jamais un mariage, à moins qu'elle ne soit donnée par écrit et n'ait été suivie de copulation. Une telle promesse jointe à la copulation, constitue un mariage valable, quelque longtemps que le secret en soit gardé.

Mais quoique un mariage fait *per verba de præsenti,* suivi de cohabitation, ait toujours été regardé comme obligatoire, on appelle de tels mariages *irréguliers* pour les distinguer des mariages *réguliers,* célébrés dans les formes légales (2).

Il existe des lois de 1661 et 1698, passées avant l'union de l'Écosse et de l'Angleterre, qui imposent des amendes à ceux qui contracteront ces mariages irréguliers. Mais loin d'invalider ceux-ci, les condamnations prononcées en vertu de ces lois ont été reconnues comme les meilleurs moyens de constater les mariages.

Les jurisconsultes écossais ne sont pas d'accord si la promesse *subsequenti copula* est *ipsum matrimonium,* ou si elle peut être seulement la base d'une action en *declarator of marriage.* Dans ce dernier cas il y aurait seulement là quelque chose d'analogue aux fiançailles ou *Verlöbniss* des Allemands. D'après Lord Moncriff, si le fait essentiel est prouvé par des écrits, il y a véritablement mariage sans qu'un jugement soit nécessaire, et les enfants sont légitimes, quoiqu'il n'y ait aucun *declarator of marriage* pendant la vie de leurs père et mère. Mais dans le cas d'une simple promesse *subsequenti copula,* un *declarator* pendant la vie des père et mère est essentiel pour constituer le mariage (3).

(1) *Court of Session Reports*, vol. XXII, p. 993.

(2) Notons ici une erreur où est tombé Fœlix en indiquant (t. II, p. 477) les mariages *per verba de futuro*, comme les seuls mariages irréguliers, et en supposant que les mariages *per verba de præsenti* étaient les mariages réguliers.

(3) *Report of Commission*, p. 69, note par le lord Advocate d'Écosse.

Pour un mariage régulier il faut une résidence préalable de six semaines et la publication des bans, qui doit avoir lieu dans l'église paroissiale, quelle que soit la religion des parties. L'inobservation de ces conditions légales peut exposer les parties à des pénalités et rendre le mariage irrégulier, mais ne peut affecter la validité du consentement réciproque qui constitue le mariage. Aujourd'hui la plus grande partie des mariages faits par le simple consentement des parties sont régularisés ensuite devant un ministre ou un prêtre.

Jusqu'à l'acte 19 et 20 Vict. c. 96 (1856) connu sous le nom de Lord Brougham's act, aucune résidence préalable, même de la part des personnes domiciliées en Angleterre n'était nécessaire pour contracter en Écosse un mariage valide d'après la loi commune. D'après cet acte aucun mariage irrégulier contracté par déclaration, reconnaissance ou cérémonie ne sera valide à moins qu'une des parties n'ait eu à la date de ce mariage son domicile en Écosse, ou n'y ait vécu pendant les 21 jours précédant immédiatement le mariage.

La loi écossaise suit la loi canonique, en reconnaissant les enfants nés hors mariage comme légitimés par l'union subséquente de leurs père et mère. En cela elle diffère de la loi anglaise, mais elle est d'accord avec celle de tous les pays du continent.

L'affaire Yelverton peut donner une idée des embarras provenant du conflit des lois dans les différentes parties du Royaume-Uni. En 1857, le major Yelverton épousa à Édimbourg, par *sponsalia de præsenti*, Mlle Longworth. Cette union n'ayant pas paru d'une légalité assez claire aux yeux de la dame, ne fut suivi d'aucune cohabitation. En 1858, ils furent mariés par un prêtre catholique en Irlande, quoique Yelverton ait plus tard contesté qu'il fût catholique. Ils cohabitèrent pendant l'année 1858 et jusqu'à ce que Yelverton contractât un autre mariage. Mlle Longworth s'adressa à la *Divorce Court*, en Angleterre, et demanda une restitution de ses droits matrimoniaux. Mais la Cour se déclara incompétente, parce que le mari était domicilié en Écosse. En 1861 Yelverton fut actionné devant la cour des *Common Pleas*, à Dublin, en paiement de dettes contractées par sa femme. Le jury se prononça contre lui, en reconnaissant comme valide le mariage que l'on invoquait. Mais ce jugement n'avait aucune valeur pour l'Écosse : les deux parties recommencèrent donc la controverse, savoir la femme par un *declarator of marriage*, le mari par un *declarator of freedom*.

Le *Lord Ordinary* décida contre la femme, mais la première division de la *Court of Sessions*, composée de trois juges, annula sa décision et en

rendit une en faveur de la plaignante, contrairement à l'avis du Lord Président. La Chambre des Lords annula le jugement de la première division. Lord Wensleydale, lord Chelmsford et lord Kingsdown opinèrent contre la femme, soit dans l'hypothèse d'engagement pour le présent (*sponsalia de præsenti*), soit dans l'hypothèse d'engagement pour l'avenir (*verba de futuro*), suivi de copulation. Le lord Chancelier se prononça en sa faveur. Lord Brougham était absent, mais il exprima également une opinion favorable à la femme. La question du mariage irlandais ne fut pas soumise à la cour, bien que le fait de ce mariage ayant eu lieu entre l'époque de la promesse et la cohabitation semblât devoir annuler l'effet du mariage écossais (1).

La « Commission royale » a proposé la substitution aux lois diverses de l'Angleterre, de l'Irlande et de l'Écosse d'une loi générale pour le Royaume-Uni. D'après ce projet, aucun mariage légal sous d'autres rapports, célébré en présence d'un ministre de la religion, dûment autorisé, ou d'un officier de l'état civil (*registrar*), ne pourra être déclaré nul pour inobservation des conditions prescrites pour empêcher les mariages clandestins et illégaux. Les conditions préliminaires relatives à la résidence, au consentement des parents, aux déclarations exigées des parties, ne doivent être que directoires. L'infraction de ces dispositions par un ministre de la religion, un officier de l'état civil ou toute autre personne sera un délit (*misdemeanour*), non un crime (*felony*). Cependant le Parlement même, dans la session de 1868-1869, n'a donné aucune suite à ce programme (2).

Les liens intimes qui existaient entre les jurisprudences d'Écosse et de France avant l'union du premier de ces pays avec l'Angleterre, font que la loi écossaise actuelle nous donne une idée assez exacte du système français, avant que la législation spéciale eût changé la loi commune.

L'ordonnance de Louis XIII, de 1639, déclare que « le curé recevra le consentement des parties et les conjoindra suivant la forme pratiquée en l'Église. » Pothier ajoute à ce propos : « Il ne suffit pas pour la validité du mariage que les parties aillent trouver à l'église leur curé et lui déclarent qu'elles se prennent pour mari et femme, il faut que le curé célèbre le mariage. » C'est aller plus loin que le Concile de Trente, lequel, dit Bugnet : « n'attribue point au prêtre un semblable pouvoir; il lui suppose un rôle passif; il suffit qu'il soit présent (3). »

(1) Yelverton vs. Longworth or Yelverton, Mc Queen's *House of Lords Reports*, vol. IV. p. 747. — Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 453.

(2) *Report of the Royal Commission*, p. 13.

(3) Pothier, t. VI, p. 139, éd. 1861, par Bugnet.

Sans nous arrêter à donner les détails de la législation en France pendant les siècles qui suivirent l'édit de Blois, nous citerons l'édit de Louis XVI du 28 novembre 1787, qui accorda aux protestants le mariage civil facultatif. Le préambule de cet édit se termine ainsi :

« La religion catholique que nous avons le bonheur de professer, jouira seule, dans notre royaume, des droits et des honneurs du culte public, tandis que nos sujets non catholiques, privés de toute influence sur l'ordre établi dans nos États, déclarés d'avance et à jamais incapables de faire corps dans notre royaume, soumis à la police ordinaire pour l'observation des fêtes, ne tiendront de la loi que ce que le droit naturel ne nous permet pas de refuser, de faire constater leurs naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir comme tous nos autres sujets, des effets civils qui en résultent. »

Le décret du 20 septembre 1792, qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens, est le point de départ de la législation française actuelle sur le mariage. En ne reconnaissant plus que le mariage civil, il inaugure une époque nouvelle. Aucune cérémonie religieuse n'est plus requise. Le mariage sera célébré par un officier public dans la maison commune du lieu du domicile de l'une des parties, devant quatre témoins et sur une déclaration de consentement mutuel, faite par les deux parties (1).

C'est le Concordat du 15 juillet 1801 entre le premier Consul et le Pape Pie VII qui a réconcilié la France avec l'Église. Ce Concordat ne parle pas du mariage, mais la loi du 8 avril 1802 déclare que :

« La Convention passée le 15 juillet 1801 (Concordat) entre le Pape et le gouvernement français et dont les ratifications ont été échangées à Paris le 10 septembre 1801, ensemble les articles organiques de la dite Convention et les articles organiques des cultes protestants seront promulgués et exécutés comme des lois de la République. »

L'article 54 des articles organiques déclare :

« Ils (les curés) ne donneront la bénédiction qu'à ceux qui justifieront en bonne et due forme avoir contracté mariage devant l'officier civil. »

Un Concordat, arraché par l'Empereur au Pape le 25 janvier 1813, fut répudié par ce dernier d'après les conseils des cardinaux, et ne fut jamais ratifié par lui.

Par une convention conclue à Rome le 25 août 1816 entre le Saint Siége et la France, les deux gouvernements convinrent de considérer le Concordat

(1) Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 559.

de 1801 comme nul et non aveu, et d'en conclure un nouveau reposant sur les mêmes bases. Ce dernier fut signé à Rome le 11 juin 1817. Il déclare :

« ART. I. Le Concordat passé entre Léon X et François I est rétabli (ce Concordat fut conclu en 1516).

» ART. II. En conséquence de l'article précédent, le Concordat du 15 juillet cesse d'avoir son effet.

» ART. III. Les articles (celui que nous avons cité y est compris) qui furent faits à l'insu de Sa Sainteté et sans son aveu le 8 avril 1802, en même temps que le Concordat du 15 juillet 1801, sont abrogés en ce qu'ils ont de contraire à la doctrine et aux lois de l'Église. »

Bien que ratifiée de part et d'autre, cette convention n'est pas entrée en vigueur, la Chambre des Députés à qui elle avait été soumise le 22 novembre 1817, comme annexe à un projet de loi, lui ayant refusé sa sanction (1).

Le Code pénal français (art. 199 et 200) punit d'une amende, et même, en cas de première ou de seconde récidive, de l'emprisonnement ou de la déportation, pour *contravention propre à compromettre l'état civil des personnes* « tout ministre d'un culte qui procèdera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil. »

Un commentateur du Code Napoléon loue ce Code, parce qu'il ne reconnait qu'une espèce de mariage.

« Il n'y a plus de prétendus mariages naturels, ni de *concubinatus*, comme à Rome, ni, comme en Allemagne aujourd'hui, de mariages de la main gauche, ni, comme autrefois, sous notre ancienne jurisprudence, de certains mariages qui, quoique valablement contractés, n'avaient pas néanmoins les effets civils (2). »

Mais, pourrait-on demander, si l'on n'accorde pas d'effets civils au mariage religieux, pourquoi l'État se mêle-t-il de cérémonies qui sont à ses yeux entièrement insignifiantes, tandis qu'elles pourraient bien empêcher des liaisons parfaitement honnêtes de devenir de simples concubinages?

« Le nouveau Code italien n'a pas voulu reproduire les pénalités édictées par les art. 199-200 de notre Code pénal contre le ministre d'un culte qui procéderait aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par l'officier de l'état civil. De sorte que, en Italie, les parties auront la faculté de procéder à la célébration religieuse de leur union quand elles le jugeront convenable, soit avant, soit après l'acte civil (3). »

(1) *Archives diplomatiques*, 1865, t. II, pp. 47 et 93.

(2) DEMOLOMBE, t. I, p. 6.

(3) HUC et ORSIER, *Le Code civil italien*, t. I, p. 42.

Durant l'intervalle qui sépara, en Belgique, la fin de l'occupation française et la réunion de ce pays avec la Hollande (16 mars 1815), un arrêté du prince souverain (Guill. d'Orange) du 21 octobre 1814 ordonna à tout individu catholique, qui voudrait contracter mariage, de se pourvoir d'une déclaration du curé, constatant qu'il n'existait aucun empêchement canonique à l'union projetée. Mais cette disposition fut rapportée par un arrêté du 7 mars 1815, lequel abroge d'autre part et en même temps les art. 199 et 200 du Code pénal, « et toutes autres dispositions qui » exigent que le mariage devant l'officier civil fût préalable à la bénédic- » tion nuptiale ou cérémonie religieuse. Néanmoins, est-il ajouté, l'acte de » mariage devant l'officier de l'état civil établira seul la légitimité des » enfants, les droits entre les contractants comme époux et les autres » effets civils. » Plus tard l'un et l'autre arrêté furent complètement révoqués par la loi du 10 janvier 1817.

La constitution belge du 5 février 1831, art. 16, déclare que le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale sauf les exceptions établies par la loi, s'il y en a. Le Code civil des Pays-Bas de 1833 ne reconnaît que le mariage civil obligatoire (1).

Les conditions exigées par le Code Napoléon pour contracter mariage, sont : le consentement des parties contractantes; l'âge de 18 ans révolus pour l'homme, et de 15 ans pour la femme; depuis cet âge jusqu'à celui de vingt-cinq ans révolus pour l'homme et de vingt-un ans pour la femme le consentement des père et mère, ou, à leur défaut, des ascendants, et en cas de mort de l'un des parents, le consentement du survivant; en cas de dissentiment, le consentement du père; s'il n'y a ni père ni mère ni aïeuls ni aïeules, et qu'il s'agisse d'un mineur ou d'une mineure de 21 ans, le consentement du conseil de famille.

Après l'âge de 25 ans pour le fils, et de 21 pour la fille, les enfants sont tenus, au cas de refus du consentement de la part des parents, de demander par un *acte respectueux* renouvelé trois fois, de mois en mois, le consentement de leurs père et mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules; après l'âge de 30 ans un seul acte respectueux suffit; il peut être passé outre, un mois après, à la célébration du mariage.

Nous avons montré plus haut que les actes des rois de France, de même que toute la législation spéciale des gouvernements européens au sujet du mariage avant 1789, avaient été faits dans l'intérêt des classes privilégiées. C'est la gloire de la révolution française d'avoir bouleversé ce régime,

(1) FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 492.

et d'y avoir substitué une égalité parfaite devant la loi. Cependant les articles du Code relatifs au consentement et aux conseils des parents sont expressément basés, d'après l'exposé des motifs au Conseil d'État, sur l'édit de Henri II de 1556 et l'ordonnance de Louis XIII de 1639, et ils vont même au-delà. Car les anciens tribunaux français exerçaient le pouvoir de dispenser même des mineurs du consentement de leurs parents, s'ils refusaient par mauvaise humeur, et que l'injustice du refus fût évidente (1).

Les limites de notre article ne nous permettent pas de nous étendre sur cette question si importante du consentement des parents. Nous espérons pouvoir y revenir et la considérer notamment dans ses rapports avec la réserve héréditaire, que nous considérons comme aussi contraire à la saine morale qu'aux principes les mieux reconnus d'économie politique.

Bornons-nous pour aujourd'hui à constater combien il est difficile de concilier ces entraves au statut personnel d'un Français avec l'égalité qui est la base de son état civil et politique. Père et fils, du moment où ce dernier a 21 ans, sont égaux devant la loi pour tous les actes civils, et, d'après la constitution actuelle qui établit le principe du suffrage universel, leurs droits politiques sont les mêmes. Que sera-ce si le fils devient général ou homme d'État, et que le père reste simple ouvrier (2) !

Pour les étrangers du reste il ne s'agit pas ici d'une question de pure théorie. Comme le statut personnel d'un Français le suit partout, même dans les pays où cette règle du consentement des parents est inconnue, il peut y trouver l'occasion de causer impunément à une famille innocente un tort irréparable.

« Les actes respectueux, qu'un savant jurisconsulte allemand, M. Mittermaier, appelle *irrespectueux*, sont inconnus partout, sauf dans les Deux Siciles et à Modène » (3). Ces dernières législations sont maintenant englobées dans la législation italienne.

Le nouveau code italien omet les articles du code Napoléon qui ont rapport aux actes respectueux. L'art. 67 est ainsi conçu :

« Le fils majeur (21 à 25 ans) peut recourir à la cour d'appel contre le refus de consentement des ascendants, du conseil de famille ou de tutelle. Ce recours, dans l'intérêt de la fille et du fils mineur, peut être exercé soit par les parents,

(1) *Motifs du Code civil*, par PONCELET, t. I, p. 129 ; POTHIER, t. VI, p. 129, Ed. de Bugnet ; MERLIN, Rép. v° Empêchements de mariage, § V, art. 2.

(2) C'est déjà beaucoup que les exagérations du système français aient attiré l'attention de l'éminent publiciste qui est aujourd'hui Ministre président du Conseil d'État. C'est de lui que peuvent le plus convenablement émaner les réformes à apporter au Code Napoléon. (V. DE PARIEU, *Principes de la science politique*, p. 221.)

(3) SAINT-JOSEPH, *Concordance des Codes civils*, t. I, p. XVI.

soit par les alliés, soit par le ministère public. La cause est portée à une audience spéciale, et la cour prononce, après avoir entendu à huis-clos les parties et le ministère public, sans intervention d'avoués ni d'autres défenseurs. — L'arrêt ne sera pas motivé; il pourra seulement faire mention du consentement qui aurait été donné devant la cour même. »

Les dispositions du code français relatives au consentement des père et mère et à l'acte respectueux qui doit leur être fait sont applicables aux enfants naturels légitimement reconnus. Quant aux enfants naturels non-reconnus, ils sont traités comme l'étaient en Angleterre par le *Lord Hardwicke's act* tous les enfants naturels, c'est-à-dire qu'il leur faut la nomination et le consentement d'un tuteur *ad hoc*. Mais comment une fille non-reconnue et délaissée trouvera-t-elle les moyens de supporter cette dépense? Une pareille disposition peut-elle avoir d'autre effet que de condamner les filles non-reconnues à mener une vie d'infamie héréditaire?

Nous avons déjà signalé en termes généraux les empêchements provenant de la consanguinité et de l'affinité.

Les principales formalités à remplir pour la célébration du mariage en France sont la publication, l'intervention et la présence de l'officier de l'état civil, et la présence de quatre témoins.

Après avoir donné lecture aux futurs époux du chapitre du code civil, relatif aux droits et aux devoirs respectifs des époux, l'officier de l'état civil reçoit de chaque partie la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononce au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage, et en dresse acte sur le champ (code Napoléon, art. 75).

D'après la loi du 10 juillet 1860, l'officier de l'état civil doit demander aux futurs époux, ainsi qu'aux personnes qui autorisent le mariage, s'il a été fait un contrat de mariage, et l'acte de célébration doit énoncer la réponse.

Le système des publications est très compliqué. Elles doivent se faire à la fois :

A la municipalité du lieu où chaque partie contractante a son domicile (art. 166);

A la municipalité du dernier domicile, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence (art. 167);

A la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels les parties se trouvent, relativement au mariage (art. 168).

La fixation du domicile matrimonial, c'est-à-dire du lieu où le mariage peut être célébré, est un point sur lequel les Français eux-mêmes ne sont

pas d'accord (1). Proudhon varie, mais son commentateur est d'avis « que l'on peut se marier soit au lieu où l'on a son domicile, quelle que soit d'ailleurs la durée de la résidence, soit au lieu où l'on a six mois de résidence sans domicile réel. » Il ajoute que « d'après toute autre interprétation les mariages seraient vraiment impossibles (2). » Demolombe partage cette opinion et il en conclut que l'acte d'opposition au mariage devant, aux termes de l'art. 176, contenir élection de domicile *dans le lieu où le mariage devra être célébré*, cette élection de domicile peut se faire dans deux endroits si chacun des futurs époux est domicilié dans une commune différente; dans trois ou même quatre si l'une des parties ou toutes les deux avaient, outre leur domicile ordinaire, une résidence de plus de six mois dans un autre lieu (3).

Cependant Valette, dans un ouvrage subséquent, semble revenir sur sa première décision. Il dit :

« La combinaison de l'art. 165 avec d'autres dispositions dont l'une suit presque immédiatement (voir les art. 74 et 167), donne lieu à des difficultés telles qu'aujourd'hui, après plus de 50 années, il a été impossible aux interprètes de s'entendre sur ce qui constitue le domicile matrimonial, en sorte que chacun puisse savoir précisément en quel lieu il lui est loisible de se marier (4). »

La doctrine française distingue les *empêchements* au mariage en *prohibitifs* et *dirimants*, ces derniers seuls emportant nullité. Il y a, par exemple, simple empêchement prohibitif, lorsqu'une veuve se remarie avant dix mois révolus (art. 228), dans le cas de mariage entre personnes unies par le lien de l'adoption etc. En général on n'admet d'autres nullités que celles qui sont littéralement établies par la loi.

Les *nullités* elles-mêmes sont classées en *relatives* et *absolues*, suivant que la loi réserve à certaines personnes déterminées le droit de les proposer, ou qu'elle l'accorde indistinctement à toute personne intéressée. C'est ainsi qu'une *nullité relative* peut être invoquée : par l'époux dont le consentement a été vicié par la violence ou l'erreur (art. 180); par les personnes dont le consentement était requis ou par l'époux lui-même qui avait besoin de ce consentement (art. 182); mais le défaut d'âge légal, l'engagement dans un lien conjugal antérieur, la parenté ou l'alliance dans les cas

(1) D'après l'art. 165, « le mariage doit être célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties ; » mais l'art. 74, après avoir dit que le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile, ajoute : « ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. »

(2) PROUDHON, *Traité de l'état des personnes*, commenté par VALETTE, t. II, p. 386.

(3) DEMOLOMBE, t. I, p. 218.

(4) VALETTE, *Explication du Code Napoléon*, p. 91.

déterminés par la loi constituent des *nullités absolues*, qui peuvent être invoquées par les époux eux-mêmes, par les ascendants, par tous ceux qui ont un intérêt né et actuel, ou par le ministère public (art. 184). Enfin il peut y avoir des *nullités absolues* pour vice de forme : incompétence de l'officier de l'état civil ou défaut de publicité *dans la célébration* (art. 191). Ainsi l'absence ou l'irrégularité de publication (lorsque le mariage se célèbre en France) n'est jamais à elle seule une cause de nullité, elle n'entraîne que la peine d'une amende. On reconnait du reste aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, pour apprécier si le vice de forme reproché au mariage est ou n'est pas suffisant pour faire annuler celui-ci (1).

Le Code civil italien a remplacé, depuis le 1er janvier 1866, les cinq ou six législations diverses qui se partageaient le pays. Il est calqué sur le code Napoléon, mais il conserve quelques articles du code sarde de 1838. Nous avons déjà indiqué certaines différences avec la législation française en ce qui concerne le mariage. En voici quelques autres :

L'interdit est expressément déclaré incapable de se marier (art. 61). Son mariage est frappé de nullité relative (art. 112).

L'impuissance manifeste et perpétuelle, antérieure au mariage, est également une cause de nullité relative (art. 107).

L'adopté, mineur de 21 ans, doit avoir pour se marier, outre le consentement de ses parents, celui de l'adoptant (art. 63).

Les publications doivent se faire dans la commune où chacun des époux a sa *résidence* (2). Si la résidence actuelle dure moins d'un an, les publications doivent se faire également dans la commune de la résidence précédente (art. 71).

Le mariage civil introduit par la France dans les provinces Germaniques que le Congrès de Vienne incorpora aux États prussiens, fut maintenu malgré les efforts du gouvernement prussien pour lui substituer le mariage religieux, y compris la bénédiction nuptiale. Cette bénédiction, qu'elle soit accordée par un prêtre catholique ou par un ministre protestant, est nécessaire à la validité d'un mariage prussien d'après le « *Allgemeines Landrecht.* » Nous avons déjà mentionné la lutte (1828-1840) à laquelle cette question donna lieu, en appliquant la distinction entre la bénédiction nuptiale et la simple présence passive du prêtre, exigée par le Concile de Trente.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur le mariage dans ces provinces,

(1) V. art. 193 et Cf. VALETTE, *Explication du Code Napoléon*, pp. 105-112; PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 410.

(2) Le Code civil italien distingue la résidence « *luogo in cui la persona ha la dimora abituale* » du domicile « *sede principale dei propri affari ed interessi.* » Art. 16.

si ce n'est pour mentionner l'ordonnance du 15 avril 1815 où il est dit : « Afin de supprimer certaines formalités aussi importunes que vaines, dont les lois françaises avaient entouré la conclusion des mariages, et qui répugnaient aux mœurs allemandes, les articles 70-72, 151 et 155 du code civil sont abrogés. » Les articles 70-72 avaient trait à l'acte de notoriété destiné à suppléer au défaut d'acte de naissance, et aux nombreuses formalités qu'il fallait traverser pour se le procurer et le faire homologuer par le tribunal; les art. 151 et 155 aux actes respectueux. Aujourd'hui pour l'acte de notoriété il suffit de trois témoins au lieu de 7, et l'homologation du tribunal est inutile. Quant aux actes respectueux, ils demeurent supprimés (1).

Comme nous l'avons vu, le droit commun allemand exigeait à la fin du XVIIIme siècle, une cérémonie religieuse pour la solennisation du mariage. La population catholique demeurait soumise aux dispositions du droit canonique, la population protestante était régie par les mêmes dispositions sous les modifications qui y ont été apportées, soit par des lois positives spéciales, soit par les opinions des auteurs et par la jurisprudence des tribunaux. Il s'est formé un corps de doctrine composé des dispositions du droit canonique non modifiées, et des modifications sanctionnées par les auteurs ou par une jurisprudence uniforme : c'est ce corps de doctrine qu'on appelle le *droit commun ecclésiastique protestant.* Ce droit commun forme la règle dans tous les pays protestants, à quelques légères modifications près, introduites dans chacun d'eux par des dispositions législatives (2).

La cérémonie était réglée par les rituels des différents cultes; cet état de choses a été interrompu d'abord par l'introduction du code civil français dans les pays allemands, soumis à l'empire français ou incorporés à la France. Les évènements survenus en 1813 ont causé dans quelques-uns de ces pays la restauration de l'ancien système, mais celui-ci fut lui-même, en 1848, l'objet d'une réaction.

Les droits fondamentaux du peuple allemand, adoptés par l'assemblée constituante, furent promulgués le 27 décembre 1848.

L'art III, section 14, qui est calqué sur le principe dominant partout aux États-Unis (3), dit :

« Toute société religieuse ordonne et administre ses propres affaires d'une

(1) Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 568.

(2) V. Eichhorn, *Grundsätze des Kirchenrechts*, t. II, pp. 301 et 302 ; Foelix, *Droit international privé*, t. II, p. 401.

(3) Lawrence, *Commentaire sur le droit international*, etc., t. I, pp. 250-380.

manière absolue, mais reste, comme toute autre société dans l'État, soumise aux lois de l'État. »

Voici l'art. sur le mariage :

« La validité du mariage, quant à ses effets civils, ne dépend que de l'acte civil; la bénédiction nuptiale ne peut avoir lieu qu'après l'accomplissement de l'acte civil. La différence de religion n'est pas un obstacle au mariage civil. Les régistres de l'état civil sont tenus par les autorités civiles. »

On sait que les droits fondamentaux allemands disparurent avec la constitution de l'empire allemand sans avoir passé dans la jurisprudence des États, mais il en reste encore quelques traces (1).

En 1865, les législations allemandes sur le mariage se partageaient entre cinq systèmes différents :

1° Le mariage civil obligatoire tel qu'il était proclamé par la constitution que nous venons de citer. Il n'a été adopté d'une manière permanente qu'à Francfort, quoiqu'il ait eu une existence passagère dans d'autres États allemands.

2° Le mariage civil *facultatif* que l'on trouve dans le duché d'Oldenbourg et à Hambourg.

3° Le mariage civil *par nécessité* (*Nothcivilehe*), subsidiairement permis aux personnes qui ne peuvent obtenir le mariage religieux. Il est en vigueur à Anhalt-Dessau, Anhalt-Coethen, Wurtemberg et Bade.

4° Le mariage civil pour les dissidents qui peuvent néanmoins se marier devant l'église nationale. Il en est ainsi en Prusse, Anhalt-Bernbourg, Lubeck, Hesse-Cassel, Cobourg-Gotha, Nassau, Saxe-Weimar.

5° Le mariage civil réservé aux unions entre juifs et chrétiens (Brunswick et Hesse-Hombourg).

Avant de comparer les formalités prescrites pour un mariage complet en Prusse et en Saxe avec celles des autres pays, mentionnons une institution exceptionnelle qui ne se trouve plus de nos jours que dans l'Allemagne protestante et, jusqu'à un certain point, dans les royaumes scandinaves où le culte est réglé d'après les mêmes principes.

Il s'agit du *Verlöbniss* (engagement préliminaire, acte de fiançailles, ou, comme l'appelle le code Prussien : *Ehegelöbniss*), qui est devenu, pour une grande partie du peuple allemand, le seul règlement légal des rapports entre les deux sexes. Mais bien que les lois, en déclarant légitimes les enfants issus de ces unions, paraissent en attendre les mêmes suites que des mariages complets, la liaison peut être rompue à volonté.

(1) FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschliessung*, pp. 656, 657 et 659.

Le *Verlöbniss* reçoit la même définition dans les codes de Prusse et du royaume de Saxe; les chapitres consacrés à ce titre dans l'*Allgemeines Landrecht* du premier de ces pays, et dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* du dernier, débutent également par déclarer que « c'est un contrat par lequel deux personnes de différents sexes se promettent réciproquement le mariage (1). »

Un *Verlöbniss* valide, disent les deux codes, ne peut être fait qu'entre personnes capables de contracter un mariage légal. En Saxe cependant, un homme peut entrer dans le *Verlöbniss* à l'âge de 18 ans, quoiqu'il ne puisse être marié avant l'âge de sa majorité (21 ans accomplis); pour les femmes l'âge est le même (16 ans) dans les deux cas. En Prusse, où l'âge de la majorité est 24 ans, il paraît qu'il n'y a aucune différence entre l'âge du *Verlöbniss* et celui du mariage (18 ans pour l'homme et 14 ans pour la femme).

Le consentement des personnes dont l'assentiment est nécessaire pour un mariage, y compris, le cas échéant, celui des parents adoptifs, est également requis pour un *Verlöbniss* en Saxe et en Prusse.

Pour faire un *Verlöbniss,* le code saxon ne prescrit pas de formalités, si ce n'est lorsqu'il n'existe pas d'ascendants; il faut alors que le *Verlöbniss* soit fait en présence de deux témoins ou devant un tribunal.

Ce même code dit que les enfants nés des *Verlobten* ont la qualité d'enfants légitimes; il en est de même pour les enfants conçus avant le *Verlöbniss,* mais nés après.

Le *Verlöbniss* en Saxe n'autorise pas à porter plainte pour faire conclure un mariage, et est nulle la clause pénale stipulée pour le cas de non-réalisation du mariage.

Si l'une des parties rompt le *Verlöbniss* sans motif, ou si, par sa conduite, elle a donné à l'autre un motif de le rompre, elle doit réparer le dommage que l'autre partie ou ceux dont le consentement est nécessaire ont souffert, en faisant des dépenses dans le but du futur mariage (2).

Toutes les raisons pour lesquelles un mariage peut être contesté ou un divorce réclamé, autorisent une retraite unilatérale. Il en est de même de tous les changements survenus dans l'état de l'autre partie, et qui

(1) *Allgemeines Landrecht,* II Theil, I Titel, § 75, II Bd, S. 9; *Bürgerliches Gesetzbuch,* § 1568, s. 246.

(2) Le Code civil italien (art. 72) consacre expressément le même droit, au cas où celui qui a fait une promesse de mariage se refuse à la remplir sans juste motif, mais seulement à condition que la promesse soit constatée par les publications légales, ou par un acte écrit, et que, si le promettant était mineur, il y ait été dûment autorisé par ceux dont le consentement à son mariage serait requis; enfin que le terme où ladite promesse devait être exécutée ne soit pas de plus d'un an antérieur à la demande.

auraient fait obstacle à la promesse, si la partie qui se retire les avait connus avant la conclusion du *Verlöbniss*.

La loi pourvoit au retour réciproque de la dot et des présents, dans le cas où le lien est dissous par consentement mutuel; si une partie se retire sans motif, ou si la dissolution est occasionnée par sa faute, elle perd ce qu'elle a donné et rend ce qu'elle a reçu.

Le code prussien ne considère pas les fiançailles solennelles comme préliminaire obligé du mariage; mais contrairement au code saxon, il accorde à l'une des parties le droit d'actionner l'autre en accomplissement de sa promesse, pourvu qu'il y ait eu *Verlöbniss*, formellement conclu devant le commissaire de la justice et un notaire, et constaté par eux.

Les paysans peuvent se fiancer devant les maires et les échevins.

Un enfant né d'une fiancée, formellement *Verlobt*, obtient les droits d'un enfant né en mariage par la simple déclaration judiciaire du père, quoique le mariage avec la mère n'ait pas encore été accompli.

§ 91. Les *Verlöbnisse* (*Ehegelöbnisse*) pour lesquels la forme légale n'a pas été observée, ne doivent être considérés que comme de simples promesses.

§ 92. Lorsque cependant les bans ont été publiés entre deux parties avec leur consentement, les droits et les devoirs des parties sont les mêmes que dans le cas d'un *Ehegelöbniss* formel.

D'après le § 1035, si un séducteur rend une femme enceinte, sous promesse de mariage, et qu'il n'existe aucun empêchement à celui-ci, il doit être invité sérieusement et exhorté par le juge à faire compléter l'union par la bénédiction nuptiale du prêtre.

§ 1036. S'il refuse obstinément, le mariage ne pourra être célébré par l'autorité ecclésiastique.

§ 1037. La femme enceinte pourra prétendre au nom, à la position et au rang de son séducteur, et elle aura en général tous les droits d'une femme mariée innocente qui a été divorcée.

§ 93. Les empêchements à la validité d'un *Verlöbniss* formel ne sont pas couverts par la cohabitation.

En Prusse de même qu'en Saxe, l'une des parties ne peut, sans le consentement de l'autre, se désister sans motif d'un *Verlöbniss* valide. Les motifs considérés comme suffisants sont, outre ceux qui feraient dissoudre un mariage complet, plusieurs circonstances énumérées dans le code.

La restitution des objets reçus ou des dépenses faites pendant les fiançailles est réglée en Prusse comme en Saxe. Mais, à la différence de la loi saxonne, la loi prussienne veut que le montant de la clause pénale stipulée pour le cas de rupture soit payé en outre des autres indemnités. Elle veut de plus que celui qui se retire sans motif soit condamné à une amende ou

même à l'emprisonnement, pour le punir de sa conduite légère et de la mortification qu'il cause à sa fiancée.

L'existence d'un *Verlöbniss* valide empêche chacune des parties d'en former un autre. Mais si une personne déjà légalement promise, se fiançait une seconde fois en dissimulant l'existence du premier *Verlöbniss*, la dissolution de celui-ci rendrait la seconde promesse valable.

En Prusse le tribunal chargé de veiller aux intérêts des mineurs peut accorder des dispenses aux futurs époux. L'espace nous manque pour insérer ici les articles du code relatifs à cet objet. Contentons-nous de dire que les enfants de la main droite, ceux de la main gauche et les enfants adoptifs ont besoin du consentement de leurs ascendants, savoir : les fils à tout âge et les filles jusqu'à 24 ans, mais que, si ce consentement est refusé, le tribunal peut y suppléer (§§ 68, 72).

La demande en nullité d'un mariage, pour défaut de consentement des père et mère, doit être formée dans les six mois du jour où ils auront eu connaissance de la célébration (§ 995). Dans tous les cas où le père n'a pas le droit de former cette demande, il peut réduire l'enfant à la moitié de la légitime (§§ 996-998).

Les droits personnels des père et mère sur leurs enfants naturels ne s'étendent pas au-delà de ce qui concerne l'éducation de ceux-ci. Tous les autres droits appartiennent au tuteur (Part. II, tit. II, §§ 639, 644, 645). C'est donc ce dernier qui accorde le consentement au mariage.

Les officiers, sous-officiers et soldats ne peuvent contracter mariage sans la permission de leurs chefs (§§ 34-35). Il en est de même des fonctionnaires publics, salariés, y compris les ministres du culte et les membres du corps enseignant.

Il y a prohibition de mariage entre une femme divorcée et son complice d'adultère, ou l'individu qui aura donné lieu aux dissentiments qui ont fait prononcer le divorce (§§ 25-27).

Le mariage est défendu entre un noble et une femme de la classe des paysans ou de la bourgeoisie inférieure, sans dispense préalable (§§ 30-33).

De même, d'après le § 36, entre chrétiens et non-chrétiens.

L'omission des publications n'entraîne pas la nullité du mariage; elle entraîne une amende ou même l'emprisonnement.

Un mariage régulier est complété par la bénédiction ecclésiastique (§ 36); toutefois lorsque les deux époux professent un culte simplement toléré par l'État, la célébration du mariage et sa validité seront jugés uniquement selon les usages de leur culte (§ 137). La circonstance que le mariage a été célébré par un ministre du culte autre que celui qui a droit de le célé-

brer, n'emporte pas la nullité, mais seulement une amende contre le prêtre contrevenant, et le prêtre compétent doit être indemnisé de ses droits par les époux (§§ 169 et 434).

Les mariages des juifs seront précédés de trois publications dans la synagogue. Le mariage est célébré par la réunion des deux époux sous le poële et par l'échange des anneaux.

Le code prussien reconnait encore une espèce de lien conjugal exceptionnel, savoir, les mariages *de la main gauche* qui se distinguent des autres en ce que la femme n'en obtient ni l'état, ni les droits de famille que les lois attribuent d'ordinaire à une femme vraiment mariée. De telles unions ne sont pas régulièrement admises ; elles ne peuvent être conclues qu'en vertu d'une permission immédiate de l'autorité souveraine. Cette permission ne peut être obtenue que par un homme de haut rang, dans des circonstances extraordinaires, et pour des motifs importants. On considère comme motifs importants le fait de n'avoir pas assez de revenus pour entretenir une famille et pourvoir à son établissement, ainsi qu'à celui d'une femme de haut rang, en outre la crainte d'obérer ou d'amoindrir par un second mariage avec une personne d'un rang élevé le patrimoine des enfants du premier lit.

Le souverain est seul juge de l'opportunité des motifs.

Tout ce qui s'oppose à un mariage ordinaire, s'oppose également à un mariage de la main gauche. Seulement, dans ce cas, l'inégalité de condition n'est pas un obstacle.

Comme dans le cas d'un mariage complet, le consentement des parents et des tuteurs est exigé. Ce consentement, s'il est refusé, ne peut être, en aucune manière, accordé par les tribunaux.

Tout mariage de la main gauche doit absolument être précédé d'un contrat écrit, passé dans les mêmes formes qu'un acte de fiançailles (*Verlöbniss*) préliminaire à un mariage régulier. Ce contrat doit contenir, entre autres, des articles réglant définitivement l'entretien et les dépenses de ménage pour le cas où le mariage aurait lieu. Il est, après obtention de l'autorisation nécessaire au mariage, soumis à l'homologation du collége de justice de la province.

La conclusion d'un mariage de la main gauche doit être précédée de la publication des bans, comme dans le cas d'un mariage valide. Seulement il n'est pas nécessaire que le nom du fiancé soit mentionné dans cette publication.

La femme mariée de la main gauche ne reçoit ni le nom, ni l'état, ni le rang de son mari, mais elle conserve celui qu'elle avait avant le mariage ;

si elle devient veuve, elle doit toujours garder le nom de sa famille. Ses enfants ne portent pas le nom de leur père.

Le mariage de la main gauche peut être changé en un mariage complètement valide. Pour cela, il faut le consentement des deux parties, et s'il y a une inégalité totale de condition, il faut le consentement des parents (1).

Une loi de la confédération de l'Allemagne du Nord du 4 mai 1868 nous fait connaître dans toute leur étendue, en les supprimant, les entraves jusqu'alors portées au mariage d'après les systèmes en vigueur dans les divers États de l'Allemagne.

D'après le § 1 de cet acte, les personnes qui appartiennent à la Confédération n'ont plus besoin pour contracter mariage ou pour s'établir en conséquence, ni de posséder ni d'acquérir le droit de bourgeoisie ou d'incolat, ni de l'autorisation de la commune, du seigneur ou de l'administration des pauvres, ni d'une permission des magistrats. Spécialement ni le fait de ne pas avoir atteint un certain âge, au-dessus de la majorité, ni celui de ne pouvoir justifier d'une habitation, d'une fortune ou de revenus suffisants, ni une peine antérieurement subie, ni la mauvaise réputation, ni la pauvreté actuelle ou à craindre, ni l'obtention de secours ni aucun autre motif de police ne seront plus considérés comme empêchements au mariage. Il ne sera plus exigé de la future qui est étrangère à la localité ni droit d'entrée ni aucune autre redevance.

§ 2. Les restrictions imprimées par les lois de police au mariage des juifs et de ceux qui appartiennent à certaines conditions civiles, sont abrogées.

Les dispositions qui soumettent le mariage des militaires, des fonctionnaires, des ecclésiastiques et des instituteurs à l'autorisation de leurs supérieurs, conservent leur effet.

§ 3. Les dispositions qui défendent aux ecclésiastiques et aux officiers de l'état civil de prêter leur concours à la conclusion d'un mariage, sans production préalable d'un certificat de l'autorité, ne demeurent applicables aux sujets de la Confédération que pour autant que le certificat se rapporte aux conditions non supprimées par la présente loi ou aux dispositions mentionnées au § 2, 2e al.

§ 4. Les prescriptions législatives des divers États concernant les conditions auxquelles les étrangers peuvent contracter mariage ne sont pas applicables aux sujets de la Confédération.

§ 5. Les dispositions relatives au droit de mariage civil ne sont pas affectées par la présente loi.

Par résolutions de la Diète fédérale, en date des 21 octobre 1867 et 16 avril 1868, le chancelier a été invité à proposer à la session suivante

(1) *Allgemeines pr. Landrecht*, Th. II, §§ 835-864, T. II, pp. 72-78.

de la Diète un projet de loi générale sur le mariage. Ces résolutions ont été appuyées par le Conseil fédéral (1).

Le congrès des jurisconsultes (*Juristentag*) réuni à Heidelberg, en août 1869, a adopté entre autres, à l'unanimité moins une voix, sur le rapport de M. le professeur Gneist de Berlin, la proposition suivante de M. le docteur Hilse :

« Le mariage civil doit être regardé comme la seule forme de mariage possible dans les rapports actuels de l'Église et de l'État en Allemagne. Tous les obstacles aux mariages résultant des différences de confessions tombent avec l'introduction du mariage civil (2). »

Pendant que les Pères étaient encore assemblés à Trente, l'empereur Ferdinand d'Allemagne promulgua, dans ses états Autrichiens, un édit défendant les mariages secrets, comme Charles-Quint l'avait déjà fait pour les provinces des Pays-Bas.

Cependant ces mesures restèrent sans effet. L'édit du 7 septembre 1703 se plaint des infâmes concubinages nuisibles au corps de la nation entière et des séductions de mineurs, tant de haute que de basse condition, qui osent s'unir en mariage à l'insu de leurs pères et mères et de leurs tuteurs.

Marie-Thérèse s'occupa de la question des mariages secrets. Mais son édit du 12 avril 1753, qui déclarait nulles les fiançailles (*Verlöbnisse*) des mineurs « sans le consentement des pères et mères ou des tuteurs, » était demeuré sans résultat, lorsque son fils, l'empereur Joseph II vint, par son édit du 30 août 1788, dénier toute validité juridique aux *Verlöbnisse*.

Le sacrement appartient à l'église, le contrat de mariage est de la compétence de l'État; tel est le résumé des doctrines que l'empereur Joseph tenta d'appliquer dans sa patente du 16 janvier 1783, et qui ne formaient qu'un anneau dans la chaine du système dont la réalisation fut le but de tous ses efforts : la soumission de l'Église à l'État.

« Le mariage en lui-même, » dit-il, « étant considéré comme contrat civil, les droits civils et obligations qui découlent de ce contrat et établissent les rapports juridiques entre époux, empruntent toute leur force uniquement aux seules lois du pays qui en règlent les dispositions. Par conséquent la décision des différends qui naissent à l'occasion de ces contrats, appartient aux tribunaux du pays. »

Comme forme de la célébration solennelle du mariage, Joseph conserva la bénédiction nuptiale du Concile de Trente. Il prescrivit également trois

(1) *Taschenausgabe der Gesetze des Norddeutschen Bundes*, 1868, pp. 32-34.

(2) *Archivio Giuridico*, Oct. et Nov. 1869 p. 216.

publications de bans, mais en même temps il donna à ces actes une interprétation complètement opposée à celle de l'Église.

La partie du code de 1811 qui avait rapport au mariage, ne fit que répéter presque littéralement les ordonnances de l'empereur Joseph.

La Constitution du 25 avril 1848 accordait à tous les citoyens l'entière liberté en matière de foi et l'entière liberté de conscience; elle assurait à toutes les confessions chrétiennes reconnues le libre exercice de leur culte. Les conséquences de ce principe paraissaient être essentielles pour la législation sur le mariage, et en exiger la réforme.

Le 18 août 1855 fut publié le *Concordat,* dont l'article 10 traite du mariage, rétablit la juridiction ecclésiastique et adopte comme règle normale les décrets du Concile de Trente.

Des réformes spéciales et la mise en harmonie des nouvelles concessions faites à l'église catholique avec les principes du code civil furent promises dans la patente impériale, qui promulgua le concordat. Le résultat de ces promesses fut la patente du 8 octobre 1856, et la loi publiée en même temps sur les mariages catholiques dans l'empire d'Autriche. Cet acte, sorti des délibérations de l'épiscopat de Vienne, reconnaissait dans toute son étendue le droit canonique en matière matrimoniale, et adoptait *in totidem verbis* les décrets du Concile de Trente, spécialement en ce qui concerne la conclusion du mariage [1].

Cette loi, qui entra en vigueur le 1er janvier 1857, s'appliquait à tous les sujets catholiques de la monarchie autrichienne et comprenait 231 articles ordonnant entre autres la célébration du mariage devant le curé de la paroisse, et rendant les tribunaux catholiques seuls compétents pour les mariages mixtes, quand l'un des époux était catholique.

Les évènements qui ont amené l'abrogation de la loi du mariage basée sur le Concordat, sont retracés par l'éminent homme d'état qui dirige la politique de l'empire austro-hongrois, depuis sa réorganisation constitutionnelle. Comme l'a expliqué le comte de Beust, dans sa dépêche du 2 juillet 1869 au comte de Trautmansdorff à Rome (V. *Livre Rouge autrichien*, n° 3, p. 42), la loi du 25 mai 1868 organise le principe du *mariage civil subsidiaire* [2].

Les patentes du 5 novembre 1855, du 8 octobre 1856 et du 1er janvier 1857, avec les suppléments intitulés : « Ordonnances », reconnaissant les tribunaux ecclésiastiques en matière matrimoniale, sont abrogées pour tous

(1) Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 147.

(2) Cf. sur cette loi et sur les deux lois du 31 décembre 1868 l'art. du Dr Geyer sur la législation nouvelle de l'Autriche au T. I de cette Revue, pp. 368 et 387. (*Note de la rédaction.*)

les royaumes et pays autrichiens, et les dispositions du Code du 13 juin 1811 sur la conclusion des mariages, sont remises en vigueur.

Si un prêtre refuse de faire la publication des bans, aux termes du Code civil général, les parties sont libres de les faire publier par les autorités civiles et de faire devant ces autorités la déclaration solennelle qu'elles se prennent pour mari et femme. Il faut, toutefois, pour que cela puisse avoir lieu, que le refus du prêtre compétent soit dûment établi.

Toutes les fonctions et tous les pouvoirs qui, d'après les dispositions du second chapitre du Code civil général, appartiennent au prêtre, sont dévolus, en cas de mariage civil, à l'autorité politique du district.

Il est permis aux époux qui ont conclu un mariage civil, de demander ensuite la bénédiction nuptiale à un ecclésiastique de la confession à laquelle appartient un des conjoints.

Les tribunaux civils sont exclusivement compétents, dans tous les royaumes et pays de l'empire, pour statuer sur les contestations auxquelles donnent lieu les mariages, quelle que soit la religion des époux (1).

D'après la loi de 1811, encore en vigueur sur ce point, les mineurs, c'est-à-dire les personnes qui n'ont pas 24 ans accomplis, ne peuvent se marier sans le consentement de leur père, légitime ou adoptif. Les enfants naturels ont besoin du consentement de leur tuteur et de la justice. La loi n'exige point le consentement de la mère et des autres ascendants ; mais ceux-ci sont autorisés, lorsque leur consentement n'a pas été obtenu, à refuser la dot (2).

En Danemark, en Suède et en Norwége, les lois sur la célébration du mariage sont essentiellement les mêmes que dans l'Allemagne protestante. L'union est célébrée à l'église par le ministre du culte, qui exerce en même temps les fonctions d'officier de l'état civil (3).

(1) *Oesterr. Gesetz-Sammlung*, Supplement-Band 1868, n° 82.

(2) Foelix, *Traité de droit international privé*, t. II, p. 418.

(3) Toutefois dans ces dernières années quelques dispositions plus tolérantes ont été introduites en faveur des dissidents.

Ainsi en Suède, par « l'édit de tolérance » du 19 mai 1860, il est permis aux personnes qui n'appartiennent pas à l'église nationale de faire célébrer leurs mariages par les ministres de leur propre culte. Les bans toutefois doivent toujours être publiés dans l'église nationale, et les mariages sont enregistrés par elle. En 1862, les mariages entre juifs et chrétiens ont été autorisés et réglementés.

En Norwége, une loi du 16 juillet 1845 a relevé les dissidents de l'obligation de faire célébrer leurs mariages par l'église officielle. Ces unions doivent être contractées par consentement mutuel devant notaire, et sans l'obligation qui existe pour le mariage luthérien, de justifier de la publication des bans, du baptême et de la communion. La même loi a été, le 22 juillet 1863, étendue aux mariages entre juifs et chrétiens déjà autorisés depuis le 24 septembre 1851.

Les tentatives pour introduire le mariage civil obligatoire dans le Danemark, ont échoué jus-

En Danemark, lorsqu'une femme se marie sans le consentement de son tuteur, celui-ci peut retenir l'usufruit de sa fortune pendant toute sa vie. (Code de Chrétien V [*Danskelow*], liv. III, ch. 16, art. 2.) Quant à l'institution des fiançailles (*Verlöbniss*) elle est complètement abolie par une loi du 4 janvier 1799. Aujourd'hui, d'après des renseignements que nous devons à un des collaborateurs de cette Revue, M. Hindenburg, avocat à la Cour suprême et député à Copenhague, la loi danoise considère comme de nul effet tout engagement de contracter mariage. La seule exception à cette règle est que, lorsqu'une fille innocente a été séduite et rendue enceinte sur une promesse de mariage, le séducteur peut être forcé de l'épouser.

En Suède, en cas de contestation sur la question de savoir à qui appartient, après la mort des parents, le pouvoir de donner le consentement, ou en cas de refus de la personne qui jouit de ce pouvoir (et qu'on appelle *giftoman*) le juge peut suppléer au consentement. (Code de 1734. Titre du mariage, chap. VI, art. 4.)

La loi ne prononce pas la nullité de mariage à défaut du consentement du *giftoman*; mais la fille qui s'est mariée sans ce consentement peut être déshéritée par ses père et mère (Ibid. chap. VI, art. 3.)

Les coupables d'adultère ne peuvent se marier ensemble, même après le décès de l'époux outragé (ibid. art. 10).

On trouve dans la loi de Suède quelques dispositions qui ressemblent à celles de la *Verlöbniss* prussienne.

La loi de Suède suppose que le mariage est précédé d'une promesse de mariage faite en présence du *giftoman* et de quatre témoins. Les fiançailles ainsi contractées sont obligatoires; elles ne peuvent être rompues, même du consentement des deux parties, sans l'intervention du chapitre consistorial ou des tribunaux; celle des parties qui viole la promesse est passible de dommages et intérêts. En cas de grossesse de la fiancée des faits du fiancé, et du refus de ce dernier de procéder à la célébration du mariage, la fiancée sera déclarée sa femme légitime, et aura les mêmes droits sur sa fortune (Ch. 3 et 4. FOELIX, *Traité de droit international privé,* tome II, p. 404).

qu'ici. Toutefois la loi du 13 août 1831 a apporté de profondes modifications à la loi antérieure sur le mariage. Les deux premiers §§ de cette loi en expliquent la portée.

Le § 1 déclare que « lorsqu'un homme et une femme, qui n'appartiennent ni à l'église nationale, ni à quelque autre société religieuse, reconnue par l'État et ayant des ministres autorisés à célébrer des mariages, désirent contracter mariage, celui-ci peut être célébré avec pleine validité civile, devant l'autorité civile, et sans consécration religieuse. »

Aux termes du § 2, « le mariage peut être conclu de la même manière, même entre personnes appartenant à une dénomination religieuse réconnue par l'État. » (FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschliessung*, pp. 647-651.)

Le digeste (*Svod*) de Russie subordonne tous les effets du mariage à l'union religieuse des époux. Dans trois chapitres différents, il s'occupe : 1° des mariages entre les personnes qui professent la religion gréco-russe ; 2° de ceux des personnes appartenant aux autres communions chrétiennes soit entre elles, soit avec des personnes de la religion gréco-russe ; 3° des mariages des individus non chrétiens, soit entre eux, soit avec des chrétiens.

Les mariages des chrétiens soit de la religion grecque soit d'une autre communion chrétienne sont célébrés par les prêtres ou ministres du culte auquel les parties appartiennent.

Le mariage entre individus de tous les cultes chrétiens ne peut être contracté sans la permission des père et mère, tuteur ou curateur. Il ne peut l'être que du consentement libre et mutuel des époux. En conséquence, il est défendu aux parents de contraindre leurs enfants, et aux seigneurs de contraindre leurs serfs à contracter mariage. On ne peut se marier quatre fois.

Le mariage des individus professant la religion gréco-russe est défendu entre parents et alliés aux degrés déterminés par les lois de l'Église. Dans toutes les autres communions chrétiennes, le mariage est interdit entre parents et alliés aux degrés prohibés par les lois de l'Église à laquelle appartiennent les contractants. Il est de même défendu aux gréco-russes, Grecs unis et catholiques romains avec les non-chrétiens. Mais sont permis les mariages des protestants avec les mahométans et avec les juifs.

Le mariage des individus professant la religion gréco-russe avec des dissidents de cette même religion est nul, s'il n'a pas été précédé de la conversion de ces derniers.

Les membres du clergé régulier, les prêtres et les diacres ne peuvent se marier tant qu'ils font partie du clergé.

L'adoption n'est pas une cause de prohibition du mariage.

Lorsqu'un des futurs conjoints appartient à la religion gréco-russe, celui qui professe un autre culte, doit signer l'engagement spécial de faire baptiser dans la religion gréco-russe les enfants issus de cette union.

Le Code s'occupe des mariages mahométans et des mariages d'après les règles du Bouddhisme. Mais, ainsi que nous l'avons expliqué, les mariages entre non-chrétiens qui admettent la polygamie n'entrent pas dans le cadre de notre travail. Nous insérons toutefois quelques articles essentiels pour l'intelligence des rapports matrimoniaux des chrétiens avec les non-chrétiens en Russie.

« Lorsque les néophytes ont reçu le saint baptême, ils peuvent continuer à

cohabiter avec leurs femmes non converties, pourvu qu'ils n'en gardent qu'une. Leur mariage est valable, quoiqu'il n'ait pas été célébré une seconde fois selon les règles de l'église orthodoxe.

» Si le néophyte a eu plusieurs femmes, il doit choisir celle avec laquelle il veut continuer le mariage; il devra garder de préférence celle qui s'est convertie avec lui; s'il la choisit, le mariage est célébré selon les rites de l'église. Les mêmes règles sont applicables réciproquement aux femmes qui ont eu plusieurs maris.

» Si aucune des femmes du néophyte ne se convertit, et que le mari refuse de vivre avec aucune d'elles, il peut épouser une femme de la religion orthodoxe.

» Le mariage entre convertis reste valable, quoique les conjoints soient parents à un degré prohibé par l'église orthodoxe.

» Dans chaque tribu et peuplade, même païenne, le mariage peut être célébré d'après le culte et les rites de chacune, sans l'intervention de l'autorité administrative ou ecclésiastique d'un culte chrétien.

» La disposition par laquelle il est défendu aux ministres des cultes de célébrer le mariage lorsque les époux n'ont pas atteint l'âge voulu par la loi, s'étend aussi aux sujets russes qui professent la religion mahométane. Il en est de même pour les juifs (1). »

On vient de discuter dans le Conseil national suisse, un projet d'arrêté destiné à faire disparaître les entraves qui dans certains cantons font obstacle au mariage, et à établir une législation uniforme pour toute la Suisse. Une question préalable relative à la compétence de la législation fédérale pour statuer à ce sujet, a été renvoyée au Conseil fédéral, qui doit présenter à la prochaine session un rapport sur la loi nouvelle et sur la révision de la constitution. (*Le Nord*, 5 janvier 1870.)

(1) V. Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils*, etc., t. III, p. 280; Foelix, *Traité de droit international privé*, t. II, p 407. — Il est à observer que l'édition de 1842 du Code russe diffère beaucoup de celle de 1832, d'après laquelle le résumé de Fœlix a été rédigé.

II.

Du Mariage aux États-Unis. — Nous avons exposé les lois qui régissent le mariage dans les principaux États de l'Europe, et nous avons vu que partout, sauf en Écosse, les droits de la femme et la morale des deux sexes sont sacrifiés aux intérêts de famille.

Rien ne prouve mieux cette tendance que les objections formulées dernièrement dans la Chambre des Communes contre la loi écossaise. Le fait même que cette loi oblige un homme à remplir la promesse sur la foi de laquelle une femme lui a livré son honneur, a été présenté et accepté comme l'argument le plus concluant en faveur de son rappel. « Supposez, a-t-on dit, qu'un membre quelconque de cette Chambre soit en visite en Écosse dans une maison où réside en même temps une jeune fille, qu'il aille se promener avec celle-ci, et que dans le cours de la promenade il sorte de sa poche un papier sur lequel tous deux écrivent une promesse mutuelle de mariage; bien que ce morceau de papier soit simplement remis dans sa poche et que personne ne fût présent à la promesse, si les personnes vivent ensemble d'une certaine façon après l'avoir écrite, ce sera un mariage valide, lors même qu'il ne serait divulgué à personne durant des années (1). »

A la différence de l'Europe, tous les États de l'Union américaine

(1) *London Times*, Aug. 7, 1869.

favorisent le mariage, et telle est aussi la tendance invariable des décisions de leurs tribunaux.

Dans le système politique des États-Unis le mariage n'est pas réglé par une loi fédérale, mais chaque État jouit du droit absolu de légiférer en cette matière. Cependant, à l'exception de la partie de l'ancienne province franco-espagnole de la Louisiane, constituant aujourd'hui l'État de ce nom, la jurisprudence de tous les États est basée sur le droit commun anglais. Inutile de dire que le jugement dans le cas de Queen vs. Millis, rendu en 1843 (1), n'a exercé nulle part une influence sur l'interprétation de ce droit tel qu'il existait lors de la colonisation du pays.

Quant à la *Louisiane*, le mariage y a toujours été réglé par le droit commun de l'Europe; l'ordonnance de Blois n'y fut jamais introduite par le gouvernement français, non plus que le décret du Concile de Trente par le gouvernement espagnol.

Il n'y a jamais eu de cours ecclésiastiques dans les colonies d'origine anglaise, mais les matières s'appliquant aux mariages, aux testaments et aux successions, qui étaient en Angleterre du ressort de ces tribunaux, étaient réglées dans quelques colonies, par le gouverneur, et dans d'autres par des actes des législatures locales.

L'État de *New-York*, le plus important sous tous les rapports, a conservé la loi commune pure et simple, et il y suffit du consentement mutuel sans aucune cérémonie religieuse ou civile. Lors de la révision des lois de l'État, en 1829, on prescrivit certaines règles pour l'enregistrement et la vérification des mariages en spécifiant les personnes devant lesquelles ils devraient être solennisés. Mais on fut obligé l'année suivante de déclarer que la validité des mariages n'était nullement subordonnée à l'observation de ces règles. Leur infraction n'entraîne d'ailleurs aucune pénalité.

D'après la loi actuelle § 1 « le mariage, en ce qui concerne sa validité légale, continuera d'être, dans cet État, un contrat civil auquel le consentement des parties légalement capables de le contracter, est essentiel. »

Par une autre section § 8, il est déclaré que, « dans le but de les faire enregistrer et authentiquer, les mariages ne seront célébrés que devant les personnes suivantes : les ministres de l'évangile et les prêtres de toutes les dénominations; les maires, greffiers (*recorders*), et les *aldermen* des villes; les juges des cours du comté et les juges de paix. »

Aucune notification quelconque n'est nécessaire, mais il est pourvu à la mise aux dossiers du certificat délivré par le magistrat ou par le ministre. Le certi-

(1) P. 15 suprà.

ficat, en original, ou en copie dûment certifiée, est considéré comme preuve présomptive du fait.

Il est déclaré cependant § 19, « que tout mariage légal, contracté suivant le mode usité jusqu'ici dans cet État, sera aussi valide que si cet acte n'avait pas été passé (1). »

Le projet de Code de 1866 porte, § 56 :

« Le mariage est une relation personnelle provenant d'un contrat civil auquel le consentement des parties est seul nécessaire. Le consentement à un mariage peut être manifesté en toute forme et peut être prouvé comme tout autre fait. »

Voici comment la loi de l'État de New-York est résumée dans un jugement rendu par le juge présidant le tribunal le plus élevé de cet État :

« Les principes de la *common law*, qui chez nous régit le mariage, sont peu nombreux et très simples : pour le rendre légal et valide, il n'est besoin ni de cérémonies, ni de célébration par un ministre, prêtre ou magistrat; le consentement des parties est seul requis, et le contrat de mariage est complet lorsqu'il y a consentement absolu, libre et mutuel des parties capables de le contracter, lors même que ce consentement ne serait point suivi de cohabitation. »

La cour d'appel (*court of appeals*), citant le langage employé dans un jugement antérieur (Johnson's *Reports*, vol. IV, p. 52, Fenton vs Reed) dit :

» On allègue qu'il n'y a pas de preuve d'un mariage *de fait* subséquent, et qu'il n'est pas démontré qu'il y ait eu aucune célébration. Mais la preuve d'un mariage positif n'était point nécessaire. Une telle preuve stricte n'est nécessaire que dans les cas de poursuites pour bigamie ou de procès en conversation criminelle. Un mariage peut être prouvé dans d'autres cas par la cohabitation, l'aveu des parties, la réception dans la famille, et d'autres circonstances dont on peut déduire qu'il y a eu mariage. Aucune célébration formelle du mariage n'était requise.

« Une preuve encore moins stricte est requise dans les questions de filiation, et : *semper præsumitur pro legitimatione puerorum* paraît être la règle établie (*Rep.*, vol. V, p. 986. *Vermont Reports*, vol. XIII, p. 145). Cowles vs. Young. Je n'ai trouvé dans cet État aucune autorité, qui exige de l'héritier, enfant reconnu et admis, la production d'un acte de mariage, pour établir sa légitimité. Les présomptions et la bienveillance de la loi sont en sa faveur, et ceux qui veulent le faire déclarer illégitime doivent démontrer le fait par des preuves claires et irréfragables » (2).

Dans la *Pensylvanie* la loi la plus ancienne, celle de 1701, est fondée

(1) *Revised statutes*, vol. II, pp. 144-147, Ed. 1863.

(2) *New-York Reports*, vol. XXIII, p. 90, Canjolle vs. Ferrié. — V. aussi *Hill 's Reports*. Vol. I, p. 270, Starr vs. Peck.

sur l'usage des Quakers. Elle déclare que « tous les mariages seront solennisés par la déclaration des parties devant douze témoins compétents, qu'elles se prennent réciproquement pour mari et femme. » Un certificat devait être signé par les témoins au nombre desquels devait se trouver un juge de paix. De prêtre ou de ministre il n'est pas question. L'acte de 1729—1730 n'autorise pas les ministres à solenniser les mariages, mais il en reconnait l'usage. « Ces actes ne rendent pas nuls les mariages qui ne sont pas solennisés d'après leur teneur, mais ils laissent la loi de mariage telle qu'elle était. Le mariage dans la Pensylvanie est un contrat civil, qui peut être conclu entre les parties sans l'intervention ou la présence d'un prêtre ou d'un magistrat, et par lequel elles s'engagent mutuellement à se prendre pour mari et femme [1].

Le cas de madame Gaines (femme du général de ce nom), qui n'aboutit qu'en 1867, après 34 ans de plaidoiries, à obtenir gain de cause devant la cour suprême fédérale, est un des plus frappants exemples de la loi sur le mariage telle qu'elle existe aux États-Unis. Le père de madame Gaines était mort en 1813, laissant de grands biens qui comprennent aujourd'hui une bonne partie de la ville de la Nouvelle-Orléans, et sa fille était demeurée dans l'ignorance de sa parenté jusqu'en 1834. A cette époque elle découvrit un testament fait en 1813, et qui fut seulement en 1856, admis à l'homologation par la cour suprême de la Louisiane. Le défunt y déclarait que madame Gaines, était sa fille légitime, et l'instituait sa légataire universelle. Mais le mariage entre le père et la mère de madame Gaines avait été entouré de toutes les incertitudes. La mère avait été mariée antérieurement à un homme encore vivant alors, et il fallut, pour combattre les effets de ce mariage, démontrer que le premier mari, lorsqu'il se maria, avait de son côté une première femme qui vivait encore. Il y avait eu des rapports illicites entre le père et la mère de madame Gaines avant l'époque où l'on alléguait qu'ils avaient contracté ce mariage que ni l'un ni l'autre n'ont jamais avoué publiquement durant leur vie. La mère, de plus, s'était remariée durant la vie du père, ayant été persuadée que son mariage avec le père de madame Gaines était invalide. Le mariage ne pouvait être prouvé que par le témoignage de la sœur de la mère de madame Gaines, qui déposa qu'il avait eu lieu dans une maison particulière à Philadelphie, dans l'État de Pensylvanie, par devant un prêtre dont elle ne se rappelait pas le nom. Par conséquent, même après l'homologa-

(1) Dunlop, *Laws of Pennsylvania*, Ed. 1846, cite Benney's *Reports*, vol. VII. p. 405, Watt's *Reports*, vol. II, p. 10, Peters' *Reports*, vol. XVII, p. 213.

tion du testament, il y eut encore une difficulté en ce que madame Gaines, accusée d'être un enfant adultérin, devenait par là, selon la loi de la Louisiane, incapable de succéder.

Dans un des procès intentés par madame Gaines, et qui fut porté par appel d'une des cours de *circuit* des États-Unis pour l'État de la Louisiane, devant la cour suprême, ce dernier tribunal énonça les principes qui suivent. Il faut remarquer que ce qui est dit de la loi de Pensylvanie s'applique en général à la loi de tous les États sur le mariage :

« Quand un mariage a été célébré en Pensylvanie (l'État où l'on a allégué que ses père et mère avaient été mariés), il doit être prouvé selon les lois de la Pensylvanie. Dans cet État le mariage est un contrat civil qui peut être conclu par toutes paroles se rapportant au temps présent, sans égard à aucune formalité, et toutes les interprétations sont en faveur de la légitimité. Un mariage peut être prouvé par toute personne qui y a assisté et peut identifier les parties. Si la cérémonie a été célébrée par une personne vêtue comme un prêtre, et *per verba de præsenti*, il doit être présumé que la personne qui a célébré le mariage était un prêtre. Si le fait du mariage est prouvé, rien ne peut invalider la légitimité des enfants nés de ce mariage, à moins de faits prouvés démontrant l'impossibilité pour le mari d'être le père. D'après les lois de la Louisiane et de la Pensylvanie, un mariage entre une femme et un homme marié dont la première femme vit encore, était nul, et la femme pouvait se remarier sans attendre qu'un jugement fût prononcé par les tribunaux déclarant la nullité de son mariage. Si elle se remariait ainsi et que la validité de son second mariage fût attaquée sous le prétexte qu'elle était incapable de le contracter parce que le premier mariage était légal, il n'est pas nécessaire pour elle de produire l'acte de condamnation de son premier mari comme bigame. La production des preuves incombe à ceux qui attaquent la validité du second mariage, et la déclaration du bigame, qu'il avait une femme vivante lorsqu'il épousa la seconde est admise comme preuve à cet effet. Quand, dans le cours d'un procès *in equity*, il s'élève une question de filiation, et que, dans l'opinion de la cour, il existe des preuves suffisantes pour établir le mariage des ascendants, la présomption légale est que l'enfant né postérieurement au mariage est légitime, et il incombe à celui qui le nie de prouver le contraire, lors même que pour ce faire il lui faudrait prouver un fait négatif. « Patterson vs. Gaines, Howard's *Reports*. vol. VI, p. 551 (1).

(1) Cette affaire revint sept fois devant la cour suprême. Peters's Reports, vol. XIII, p. 404, ex parte Myra Clark vs Whitney ; Peters' Reports, vol. XV, p. 19, Gaines vs Relf; Howard's Reports, vol. II, p. 619, Gaines vs Chew; Ibid. vol. VI, p. 550, Patterson vs Gaines; Ibid. vol. XII, p. 472, Gaines vs Relf; Ibid. vol. XXIV, p. 553, Gaines vs Hennen et pour la dernière fois Wallaies' Reports vol. VI. p. 644 et 719 ; Gaines vs. New Orleans et Gaines vs. De la Croix, plaidés simultanément.

La loi de la Pensylvanie a été interprétée de la même manière par les tribunaux français, et notamment par la cour impériale de Paris, en 1856, à propos de la succession de la duchesse de Plaisance, fille du marquis de Barbé Marbois et de sa femme née Moore. On soutenait que le père et la mère de cette dernière s'étaient mariés le 13 décembre 1757 à Philadelphie, et la Cour, en l'absence de registres de l'état-civil, admit, parmi d'autres preuves, une bible de famille dans laquelle étaient insérées, sur la feuille blanche, les naissances et les mariages. V. arrêt du 12 janv. 1856. *Gazette des Tribunaux*, 26 février 1856.

Dans la *Virginie*, où l'église anglicane était plus influente qu'ailleurs, les mariages n'étaient célébrés dans les premiers temps de la colonie (1731), que par un ministre de l'église anglicane, ayant licence du gouverneur, et après la publication des bans. Mais le mariage civil facultatif fut établi avant la révolution. Aujourd'hui la loi de l'État prescrit la formalité d'une licence et la solennisation par un prêtre ou ministre ou par un magistrat.

Dans le *Massachusetts* les mariages doivent être solennisés par un juge de paix ou par un ministre de l'évangile d'après les usages de son culte, et dans la ville ou commune où réside la personne qui le célèbre. « Mais aucun mariage célébré devant une personne se disant juge-de-paix ou ministre ne sera nul. Il ne sera point nul non plus et sa validité ne sera en aucune manière entachée par le défaut de compétence ou d'autorité d'une telle personne, ou par l'omission ou vice de formes dans la manière dont l'intention de se marier a été manifestée, si le mariage est légal sous les autres rapports, et s'il a été conclu avec la ferme croyance des parties *ou de l'une d'elles* qu'elles étaient légalement unies en mariage » (1).

L'omission de faire enregister un mariage contracté à l'étranger expose les parties à une amende, mais elle n'invalide pas le mariage. Le § 6 déclare que si des personnes résidant dans l'État, pour se soustraire aux conditions prescrites par la section précédente, vont dans un autre État ou pays et reviennent dans le leur pour y résider, le mariage sera nul. Les conditions dont il est question sont celles qui déclarent le mariage nul pour cause de parenté ou autre *impedimentum dirimens*, cause qui l'aurait rendu également nul s'il avait eu lieu dans l'État.

Il y a des réglements spéciaux pour les *Quakers*, mais on ne parle pas des mariages des Juifs (1).

(1) *Massachusetts laws for*, 1860, § 20.

(2) *Revised Statutes of Massachusetts*, 1860, p. 529

Story cite des décisions des tribunaux de cet État, qui reconnaissent la légitimité des enfants issus du mariage d'une femme divorcée *a vinculo matrimonii* pour cause d'adultère et déclarée incompétente par la loi locale à se remarier, mais qui est allée dans un autre État où elle a contracté un autre mariage (1).

Dans d'autres États, le *statut* défend au magistrat ou au ministre de marier des mineurs sans le consentement des parents, et ordonne la publication préalable de bans et la célébration du mariage devant un officier public ou un ministre du culte, sous certaines peines ; mais le mariage pour lequel ces formalités n'ont pas été observées ne passe pas moins pour être valable. Saint Joseph se trompe en supposant que l'État de la Louisiane fait exception à la règle générale.

Le Code actuel de la Louisiane, bien que calqué sur le Code Napoléon, n'a pas emprunté à celui-ci ses articles sur le mariage. Le § 89 dit que : « la loi ne reconnait que les mariages qui sont contractés et solennisés conformément aux règles qu'elle prescrit. » Il existe des réglements pour la solennisation par un prêtre ou un ministre, ou par un juge de paix.

Voici comment cette loi est interprétée par la cour suprême de l'État :

« Le Code de la Louisiane ne déclare point nul un mariage qui n'a pas été précédé d'une licence, et qui n'est point établi par un acte signé des parties et d'un certain nombre de témoins ; il ne considère pas non plus un tel acte comme la preuve exclusive d'un mariage. Les lois règlant les formalités et les cérémonies ne sont impératives que pour ceux qui sont autorisés à célébrer les mariages.

« Le mariage peut se prouver par tous les moyens de preuve non interdits par la loi, ce qui ne présuppose pas qu'il soit au pouvoir des parties d'avoir un genre de preuve supérieur. La cohabitation comme mari et femme fournit une preuve présomptive de l'existence d'un mariage (2). »

Les mariages étaient défendus dans tous les États à esclaves entre les nègres et les blancs.

Dans quelques États, même parmi ceux où l'esclavage n'existait déjà plus avant la guerre civile, et notamment dans celui de Rhode Island, la loi locale déclare nul le mariage des blancs avec les Indiens, les nègres et les mulâtres (3). Il en était de même dans l'État de l'Indiana pour les mariages entre blancs et nègres, en vertu d'une loi de 1829. Un acte de 1705

(1) STORY, *Conflict of laws*, § 123, p. 190, Redfield Ed.

(2) *Louisiana Reports*, vol. VI, p. 463, Holmes vs Holmes. — SAINT-JOSEPH, *Concordance*, etc. vol. II, p. 187.

(3) *Revised Statutes of Rhode-Island*, 1857, p. 312.

qui rendait de tels mariages nuls dans le Massachusetts, a été abrogé en 1836 (1).

Bien que dans les États à esclaves, il fut impossible à ceux-ci de contracter mariage légalement, cependant les relations de famille existaient parmi eux, à l'imitation de celles qu'ils étaient accoutumés à voir parmi leurs maîtres, si bien que, lorsqu'ils furent émancipés, il suffit que des lois générales reconnussent les faits existants. Il ne semble pas en effet, lorsqu'il s'est agi de distribuer l'argent revenant aux soldats nègres morts sur le champ de bataille, que l'on ait eu quelque difficulté à s'assurer des personnes qui y avaient droit. C'est grâce à l'existence de ce système que, avant la guerre civile, la population esclave augmentait plus rapidement que la population blanche, et que les africains affranchis de ces États sont aujourd'hui dans une position supérieure à celle des noirs émancipés des Antilles.

Du mariage dans les autres états de l'Amérique. — Dans les États de l'Amérique du Sud soumis à l'influence du droit espagnol ou portugais, d'après Friedberg, le *Decretum de reformatione matrimonii* a été, depuis leur indépendance, mis partout en vigueur.

Il en est ainsi au *Chili*, où le code publié en 1855 dit, à l'article 117 :

« Le mariage entre les catholiques sera célébré avec les solennités prévues par l'église; il appartient à l'autorité ecclésiastique de veiller à leur accomplissement. »

Le Code de 1858 contient la même disposition.

A *Costa-Rica*, l'article 108 du *Codigo generale* de l'année 1841 dit :

« Le mariage ayant été élevé dans l'État à la dignité d'un sacrement, les formalités nécessaires à sa célébration seront celles que le Concile de Trente et l'Église ont indiquées. »

Il en est encore de même à *Buenos-Ayres* et au *Pérou*.

Il n'y a dans les lois de Costa-Rica aucune ordonnance à l'égard des protestants. Quoique la constitution n'impose aucune restriction religieuse aux non-catholiques, ceux-ci doivent également conclure leur mariage devant le prêtre catholique, et d'après la formule du Concile de Trente.

Au Chili, l'article 118 du Code statue sur ce point. Il soumet les non-catholiques aux empêchements (*impedimenta*) provenant de la loi de l'État ou du droit canonique, et ordonne que leurs mariages seront conclus

(1) Kent 'S *Commentaries*, vol. II. p. 289.

par simple consentement mutuel des parties en présence de deux témoins et devant le prêtre catholique, mais sans solennité religieuse aucune.

C'est la règle que nous avons eu occasion d'indiquer comme applicable aux mariages protestants en Espagne, jusqu'à l'établissement, en 1869, du mariage civil.

A *Buenos-Ayres* les protestants ont été, le 20 décembre 1833, affranchis de la forme de mariage établie par le Concile de Trente, et de la célébration du mariage devant des prêtres catholiques.

Bien plus, il fut prescrit que tous les non-catholiques, étrangers ou indigènes, qui voudraient se marier, devraient annoncer leur mariage au président de la chambre de justice et déposer les documents nécessaires à la conclusion du mariage. Les bans seront ensuite publiés pendant six jours dans les feuilles publiques, et enfin après six autres jours, sur la permission du juge et l'autorisation du greffier, le mariage pourra être célébré par le prêtre du culte auquel appartiennent les époux, pourvu que celui-ci ait déjà auparavant, d'une manière quelconque, justifié de sa qualité devant le gouverneur.

Les registres pour les non-catholiques, de même que pour les catholiques étrangers, sont tenus par l'autorité civile.

Enfin le mariage civil a aussi été introduit au *Mexique*.

En 1853 encore le gouvernement entretenait des négociations avec le Saint-Siége, pour conclure un concordat. Mais la révolution de 1854 anéantit toutes les espérances de l'Église, et la législation mexicaine des années suivantes lui fit de sensibles blessures. Les biens ecclésiastiques furent confisqués, les règles des ordres religieux brisées, et, comme le pape l'annonçait: « pour corrompre encore plus facilement les mœurs et l'esprit du peuple, pour étendre la peste condamnable et impie de l'indifférentisme et achever l'anéantissement de notre sainte religion, » le libre exercice de tous les cultes fut permis.

La constitution de 1858 donna à toutes ces décisions une nouvelle sanction légale, et la révolution de Juarez en 1861 les mit en pratique, de même que le mariage civil obligatoire.

Le gouvernement du *Brésil* avait, par le décret du 3 novembre 1827, soumis à l'examen du clergé les dispositions du Concile de Trente. Il s'en était rapporté à la constitution de l'archevêque de Bahia, et, d'accord avec elle, posé comme conditions nécessaires à la conclusion du mariage, la publication des bans, la nécessité que les deux futûrs époux ou l'un d'eux appartînt à la paroisse et enfin le mariage ecclésiastique.

La loi, du reste assez superficielle, ne mentionnait pas les protestants, mais cela ne paraissait nullement nécessaire, car la constitution du 11 décembre 1823 était en général marquée d'un grand esprit de tolérance et ne connaissait pas d'autre restriction des droits des non-catholiques que leur incapacité de devenir députés.

Les mariages des protestants furent donc aussi reconnus comme légalement valides, et il semblait qu'aucun besoin réel ne réclamât le projet de loi, concernant les mariages des non-catholiques, que le gouvernement élabora en 1856, et qui du reste ne fut jamais soumis aux chambres.

Mais déjà les événements de l'année suivante montrèrent combien peu les protestants étaient protégés par les statuts constitutionnels.

L'évêque de Rio de Janeiro déclara nul le mariage d'un protestant suisse avec une protestante badoise, mariage solennisé par le pasteur de la paroisse évangélique allemande de Rio de Janeiro, quoique ce mariage existât depuis douze ans, parce qu'il était contraire aux règlements du Concile de Trente, et il permit à la femme, qui dans l'intervalle avait embrassé le catholicisme, de contracter un autre mariage. Cette décision imprimait le caractère de concubinage aux mariages de plus de 80,000 protestants et les soumettait, pour le mariage, aux stipulations de l'édit de Trente et au droit canonique.

Le gouvernement se trouva alors obligé de venir en aide aux opprimés, d'autant plus qu'il cherchait à favoriser l'immigration, et qu'il devenait nécessaire dans ce but de concilier les mécontents. Un projet de loi proposant le mariage civil des protestants fut présenté aux Chambres en 1858. Mais il fut rejeté par les Chambres, et le mariage entre non-catholiques continua à être regardé, au point de vue légal, comme un concubinage.

Enfin, en 1861, les Chambres mirent fin à la position difficile dans laquelle se trouvait le gouvernement, et le 11 septembre fut votée une loi dont voici quelques extraits :

Art. 1. — Les effets civils des mariages célébrés dans la forme prescrite par les lois de l'empire seront accordés :

1° Aux mariages de personnes professant une autre religion que celle de l'État, célébrés hors de l'empire selon le rite ou les lois auxquelles les parties contractantes sont soumises.

2° Aux mariages de personnes professant une autre religion que celle de l'État, célébrés dans l'empire, antérieurement à la promulgation de la présente loi, selon les coutumes ou les prescriptions de leurs religions respectives, pourvu qu'il soit prouvé qu'un acte religieux a été célébré.

3° Aux mariages de personnes professant une autre religion que celle de l'État, qui, après la date de la présente loi, seront célébrés dans l'empire selon les coutumes ou les prescriptions de leurs religions respectives, en tant que la célébration d'un acte religieux sera prouvée par l'inscription sur le registre établi à cet effet, et dans la forme qui sera déterminée par les règlements.

4° Ni les mariages dont parle le § 2, ni ceux du précédent § ne pourront jouir du bénéfice de cette loi, si entre les parties contractantes existaient des empêchements qui, selon les lois en vigueur dans l'empire tant qu'elles pourraient être appliquées, empêcheraient un mariage catholique (1).

Il paraît que le mariage par consentement mutuel et sans formalités religieuses, existe au Paraguay. Dans un procès, plaidé devant les tribunaux d'Edimburg en décembre 1869, M. Mac-Mahon, ministre des États-Unis d'Amérique au Paraguay, a déposé comme suit :

« D'après tout ce que j'ai pu voir, Lopez (le Président) et Mme Lynch vivaient ensemble comme mari et femme. Ils avaient cinq enfants qui étaient reconnus par tous deux comme leurs enfants. Ces enfants habitaient avec leurs parents. Il est habituel au Paraguay de voir des personnes vivre ensemble comme mari et femme sans être formellement mariées. Pendant tout le temps que je suis resté dans le pays, je n'ai entendu parler de la célébration que d'un seul mariage. Quand une femme vit maritalement avec un homme, elle prend généralement le nom de son mari. Mme Lynch occupait une très haute position au Paraguay, et était, autant que j'ai pu m'en assurer, traitée et considérée par tous comme étant la femme du Président (2).

DES EFFETS, DANS LES DIFFÉRENTS PAYS, DES MARIAGES CONTRACTÉS ENTRE ÉTRANGERS OU A L'ÉTRANGER. — La loi anglaise ne stipule rien au sujet des mariages d'étrangers en Angleterre, et de tels mariages, s'ils ont lieu, tombent sous l'application de la règle générale concernant le mariage dans ce pays. Il faut donc suivre les réglements prescrits pour les indigènes. Les étrangers ne sont pas dispensés, autrement que les Anglais eux-mêmes, quelque forme qu'ils adoptent, ni du temps de résidence, ni des autres conditions. D'un autre côté les ministres ou officiers autorisés à célébrer le mariage ne se préoccupent d'aucune loi spéciale au pays du domicile des parties, concernant le statut personnel relatif au mariage.

Ce principe est pleinement expliqué dans un cas décidé en 1860 par la Cour anglaise des divorces. Voici les faits :

Deux sujets français alors domiciliés en France, vinrent à Londres en

1) FRIEDBERG. *Das Recht der Eheschliessung*, pp. 133—137 ; Ibid. pp. 652—653.
(2) *London Times*, 25 décembre 1869.

juin 1854, et y furent mariés par licence, conformément à la loi anglaise, mais sans avoir obtenu ou demandé le consentement de leurs parents, et sans que le mariage fût précédé en France des publications prescrites par l'article 63 du Code Napoléon. Le mari était âgé de 29 ans environ, la femme de 22. Ils ne cohabitèrent pas, et le mariage n'était pas consommé quand ils revinrent en France. Là, le mari refusa de célébrer le mariage conformément à la loi française. La femme intenta devant les tribunaux français une action en nullité sur laquelle le mari ne défendit pas; en décembre 1854 elle obtint un jugement qui prononçait la nullité. Elle vint ensuite résider en Angleterre et demanda un jugement de nullité à la cour anglaise : les citations personnelles furent faites au mari, qui était à Naples, et qui ne comparut pas.

Nous trouvons dans le rapport du procès anglais la traduction du jugement français qui prononça la nullité. Le tribunal, dans ses *considérants*, commence par établir que la nullité prévue par l'art. 170 du Code Napoléon n'est pas absolue (1) et qu'elle ne doit être prononcée que s'il y a eu intention formelle d'éluder la loi; mais il trouve précisément la preuve d'une pareille intention dans les circonstances de la cause et notamment dans le fait que le couple prétenduement marié résidait à Paris et s'était seulement rendu momentanément en Angleterre dans le dessein d'y contracter mariage, pour revenir en France immédiatement après la célébration.

Un notaire de Paris fut appelé comme expert devant le tribunal anglais.

« La question, » a dit en substance la Cour anglaise, est « de savoir, si un mariage dûment solennisé en Angleterre de la manière prescrite par la loi anglaise entre parties réunissant les conditions d'âge et de capacité requises par cette loi, doit être tenu pour nul et sans effet, parce que les parties contractantes, étant étrangères, sont venues le contracter en Angleterre pour éluder les lois du pays auquel elles appartiennent et dans lequel elles étaient domiciliées. On peut à la vérité se demander si les circonstances invoquées par la demanderesse établissent l'intention d'échapper à la loi française, et si ce que le témoin appelle un statut de prescription, savoir l'article 183 du Code Napoléon, enlève, ou non, à la demanderesse le droit d'intenter ce procès quatre ans après que le mariage a été célébré ;

(1) L'art. 170 du Code Napoléon porte que : « le mariage contracté en pays étranger, entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre des *Actes de l'état civil*, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent, » (savoir *des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage*).

mais nous passons sur ces points pour aborder la vaste et importante question qui a été soulevée.

» On a prétendu que, les parties étant françaises, la loi de ce pays les rendait incapables de contracter mariage sans remplir les formalités prescrites, et qu'une telle incapacité était un statut personnel qui les suivait partout et les rendait incapables de faire un contrat valide dans un autre pays. Mais il a été établi que cette incapacité de contracter n'était pas absolue, mais seulement conditionnelle, et que le contrat serait valable, si les parties n'étaient venues ici pour esquiver la loi française ; qu'il le serait encore, s'il avait été ratifié subséquemment par l'assentiment des parents ; qu'un contrat fait ici serait parfaitement valide, à moins qu'on ne l'attaquât avant un certain laps de temps. Il y a donc une distinction à établir entre le mariage contracté entre un homme et une femme âgés respectivement de vingt-cinq et de vingt-un ans, sans remplir les formalités prescrites par le Code Napoléon, art. 151, 152, 153 et 154, et celui qui est prohibé d'une manière absolue par l'art. 148 entre parties respectivement au-dessous de cet âge, et en admettant comme prouvé que le mariage était nul d'après la loi française, la question de savoir s'il doit être jugé ici par notre loi ou par la loi française demeure entière.

» En général la compétence ou l'incompétence personnelle d'individus à contracter a été regardée comme dépendant de la loi du pays où le contrat est fait. Mais il a été et il est soutenu qu'une telle règle ne s'étend pas au mariage, et que les parties sont, relativement à ce contrat, régies par la loi de leur domicile. Cette question si importante dans toute société civilisée, a été longuement discutée par les jurisconsultes de toutes les nations ; mais tous raisonnent dans l'hypothèse où des difficultés s'élèvent non dans le pays où le mariage a été célébré, mais dans d'autres pays, où les parties ont leur domicile. Qu'un mariage valide suivant la loi du pays où il a été solennisé doive être bon dans tout autre pays, et réciproquement, c'est ce que soutiennent en règle générale presque tous ceux qui ont écrit sur le droit international. Les mêmes autorités admettent à cette règle un petit nombre d'exceptions — savoir dans les cas de mariages entraînant polygamie ou inceste, et dans ceux où l'union serait positivement prohibée pour des motifs politiques par la loi publique d'un pays, p. ex. par notre *Royal Marriage Act*. Story, *On the Conflict of Laws* § 113, mentionne une troisième exception : les mariages célébrés en pays étrangers par des sujets qui revendiquent pour eux en des circonstances spéciales le bénéfice de la loi de leur propre pays. »

Le juge prouve ensuite que les tribunaux anglais ont, en différents cas, adopté cette règle générale comme base de leurs décisions. Il cite dans ce sens l'affaire de Scrimshire vs Scrimshire que nous aurons occasion de mentionner, et où un mariage contracté par deux Anglais en France fut déclaré nul par la *Consistory Court*, parce qu'il avait été célébré en violation de la loi française. Il s'appuie encore sur un jugement de sir W. Wynne, dans l'affaire Middleton vs. Janverin (*Consistory Reports*, vol. II, p. 437). « Les raisons sur lesquelles cette règle est fondée ne sont pas affaiblies par les exceptions qu'on a jugé nécessaire de lui apporter, pour la concilier avec les lois de la religion et de la morale, et avec la législation générale du pays, auquel appartiennent les parties.

» C'est un fait très remarquable que ni dans les écrits des juristes, ni dans les arguments des conseils, ni dans les jugements des cours, on ne trouve ni exemple ni argument ayant en vue d'établir qu'un mariage célébré conformément aux lois d'un pays serait tenu pour nul par les tribunaux de ce pays, parce que les parties contractantes étaient les sujets domiciliés d'un autre pays où un tel mariage ne serait pas permis.

» On n'a avancé aucun argument de cette espèce, même dans le cas d'un mariage regardé comme incestueux. Ainsi Huber, dans ses *Prælectiones Juris Civilis*, lib. I, tit. 3, *de conflictu legum*, en discutant les deux exceptions à la règle générale, relatives aux mariages incestueux et aux mariages entre mineurs non duement autorisés, célébrés en des pays où les parties sont allées dans le but d'éluder la loi de leur pays, n'élève pas le moindre doute sur la validité de ces deux classes de mariages dans le pays où ils ont été célébrés. Il se borne, quant à ceux de la deuxième catégorie, à justifier le pays du domicile de l'accusation de violer le droit des gens par son refus de les reconnaître. Story est, je crois, le seul écrivain qui ait exprimé une opinion sur ce point : après avoir mentionné que la France a admis le système d'après lequel les mariages de Français en de telle circonstances ne seront pas regardés comme valides, il ajoute : « Il n'y a guère à douter que les pays étrangers où de tels mariage sont été célébrés, se conformeront à leurs propres lois et laisseront de côté la loi française. »

» Le tribunal français, dans cette cause, semble avoir tenu le mariage pour nul et non avenu, non parce qu'il était prohibé par la loi française, mais parce que les parties le contractèrent en Angleterre avec l'intention formelle d'éluder les prescriptions de la loi française.

» Chaque nation a le droit d'imposer à ses propres sujets des restrictions et des prohibitions relatives aux célébrations de mariages, soit au dedans

soit au dehors de son propre territoire : et si ses sujets ont à souffrir en conséquence de ces restrictions, leur propre nation seule en doit être blâmée; mais quel droit a une nation indépendante de réclamer d'une nation également indépendante un abandon de ses propres lois dans le but d'appuyer de telles restrictions et prohibitions? S'il existe un tel droit, il doit être basé sur le droit des gens, sur ce droit « auquel toutes les nations ont consenti, ou auquel elles doivent être présumées consentir dans un but de bénéfice et d'avantage communs. »

» La grande importance d'avoir une règle certaine, applicable à tous les cas; la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, d'avoir une règle applicable à tous les cas et autre que celle qui décide que la loi du pays où un mariage a été solennisé doit, dans ce pays au moins, décider s'il est valide ou invalide; l'absence de décisions judiciaires, ou même d'opinions opposées d'écrivains faisant autorité touchant le droit des gens, tout nous a conduits à la conclusion que nous ne devrions fonder notre jugement dans ce cas sur aucune règle autre que la loi d'Angleterre qui régit les sujets anglais.

» La France peut faire des lois pour ses propres sujets, et leur imposer toutes les conséquences bonnes ou mauvaises qui résultent de ces lois; mais l'Angleterre peut, elle aussi, faire des lois pour le réglement de toutes matières au dedans de son propre territoire. Chacune de ces nations peut refuser de faire céder ses propres lois devant celles de l'autre; et si l'une d'elles est coupable d'une violation de la *comitas* ou du *jus gentium*, on doit en faire le reproche à la nation dont les lois sont le moins calculées pour assurer le bénéfice et l'avantage communs de tous. Pour cette raison nous nous trouvons forcés de rejeter la demande.

» Il peut être malheureux pour la demanderesse d'être regardée comme femme mariée en Angleterre, tandis qu'en France elle ne l'est pas. Si elle était restée dans son propre pays, elle pourrait jouir de la liberté qui lui a été rendue par un tribunal français. Comme elle a choisi l'Angleterre pour y établir son domicile, elle doit se contenter de prendre la loi anglaise telle qu'elle est, et d'être regardée comme liée par le contrat qu'elle y a fait. » (SWABY and TRISTAM's *Reports*, vol. II, p. 67, Simonin vs Mallac.)

« Le Code Napoléon ni aucune autre loi ne contiennent de dispositions relatives aux mariages contractés en France entre étrangers ou entre Français et étrangers. La question de la validité de ces mariages est abandonnée aux principes généraux du droit; aussi ils dépendent, quant à la forme, des lois françaises. » (FOELIX, *Droit international privé*, tom. I, p. 180.).

Lors de la discussion du Code Civil dans le Conseil d'État, le premier

consul demanda pourquoi le projet ne s'expliquait pas sur le mariage contracté en France par des étrangers ; Réal répondit que c'était parce qu'un article déjà adopté par le conseil décidait en général que les étrangers résidant en France sont soumis aux lois françaises (1).

Mais comment un étranger peut-il remplir les conditions nécessaires à un mariage en France ?

Les officiers civils qui procèdent à la célébration du mariage sans le consentement des parents et sans actes respectueux dans les cas où ils sont prescrits, sont passibles d'une amende et d'un emprisonnement. Il n'y a point de dispenses, mais les peines (art. 193) sont encourues pour toute contravention à l'article 165 (celui qui exige la célébration publique par l'officier civil du domicile), lors même que ces contraventions ne sont pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.

L'officier civil doit être celui « du domicile de l'une des deux parties. » Nous avons vu la difficulté pour les Français mêmes, au cas de changement d'une commune à une autre, de décider du domicile légal, dont dépend la compétence du maire et par conséquent la validité du mariage. (V. p. 77 *supra*.) Pour les étrangers, il faut dans tous les cas six mois d'habitation non seulement en France, mais dans la commune où le mariage est célébré (2).

Le consentement des parents ou les actes respectueux sont exigés des étrangers mariés en France, quoique tous ces règlements soient inconnus aux lois de leurs propres pays. Il en est de même des publications, qui doivent être faites non seulement à la municipalité du lieu où chacune des parties aura son domicile, mais « si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites, en outre, à la municipalité du dernier domicile. »

Dans les États de l'Union américaine il n'existe pas — ou, s'il en existe, ce n'est qu'exceptionnellement — de registres de l'état civil. Il en est de même dans d'autres pays. Par conséquent les moyens officiels de constater les naissances des époux, ou les mariages de leurs pères et mères, manquent. Pour obvier cependant à de tels embarras, on a substitué l'acte de notoriété, dont les étrangers peuvent se servir :

« L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, profession et

(1) *Motifs du Code Civil*, Tome I, p. 131.

(2) Art. 74 du Code Napoléon : « ... ce domicile, *quant au mariage*, s'établira par six mois d'*habitation continue* dans la même commune. »

domicile du futur époux, et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; le lieu, et, autant que possible, l'époque de sa naissance et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention. » Art. 71.

D'après l'article 72 cet acte doit être homologué par le tribunal de première instance (1).

(1) Il est difficile d'indiquer par des chiffres dans quelle mesure les concubinats des classes aisées en France (concubinats qui, se perpétuant lors du mariage, constituent une véritable polygamie, ou dont la cessation à cette époque condamne presque infailliblement la première femme à la prostitution) sont des unions provisoires provenant du refus du consentement des parents à des mariages qu'ils regardent comme des mésalliances. Mais un compte-rendu d'une société charitable, fondée à Paris en 1826, pour procurer aux indigents les pièces nécessaires à leur mariage, montre que la loi elle-même est dans une grande mesure responsable des liaisons illicites qui existent dans les classes inférieures. « Pour se marier, il faut plusieurs actes de l'état civil, et souvent ces actes sont nombreux; quelques-uns, comme les consentements notariés, les actes de notoriété, les délibérations des conseils de famille pour le mariage des mineurs, les jugements de rectification de noms propres incorrectement écrits, les dispenses civiles en cas de parenté ou d'alliance au degré prohibé, etc., etc., sont d'un prix très élevé.

» Une partie seulement des pauvres de Paris sont nés dans la capitale, les autres sortent de toutes les provinces de l'empire ou de l'étranger. Depuis nombre d'années qu'ils habitent Paris, ils ont cessé toutes relations avec leur pays natal; ils pourraient (ce qui n'est pas) payer le prix des actes, qu'ils ignorent à qui s'adresser pour les faire lever. Le plus souvent ils ne savent pas même écrire, et n'ont que des idées confuses sur les lieux et les dates de leur naissance et du décès de leurs parents. » Il paraît que, parmi les mariages réalisés en 1869, « 4 ménages avaient 30 ans de vie commune; 6 de 20 à 30 ans; 20 de 15 à 20 ans; 34 de 10 à 15 ans; 103 de 5 à 10 ans. » Depuis 1826 jusqu'au 31 décembre 1869, il y a eu 54,001 ménages inscrits; 47,071 mariages réalisés; 29,328 enfants légitimés; en 1869 seulement, 1,471 ménages inscrits; 1,271 mariages réalisés; 683 enfants légitimés. » (*Compte-rendu de la Société de Saint François Régis* 1869).

Il n'y a pas probablement un seul cas parmi les 54,001 ménages inscrits, qui n'eût pas été aux Etats-Unis reconnu comme mariage légitime dès le commencement de la liaison. La seule réponse qu'on ait donnée à notre demande: « pourquoi conservez vous ces entraves qui n'aboutissent qu'au mal? » est que c'est pour constater la généalogie des familles.

Pour se faire une idée de l'étendue de ces entraves, il faut se rappeler qu'il n'existe aucun moyen de contracter mariage contre la volonté ou le caprice d'un père pour un homme au-dessous de 25 ans ou une femme au-dessous de 21 ans; et que, depuis l'abolition de la peine de mort civile, ce véto est conservé même à un individu condamné aux travaux forcés à perpétuité, quoique ce soit le seul droit civil qui lui reste (Code pénal, art. 34, n° 4). Partout ailleurs sur le continent de l'Europe, où le consentement des parents est exigé, excepté en Belgique, les tribunaux peuvent en dispenser, et, comme nous l'avons déjà expliqué, c'est seulement en France et en Belgique que l'acte respectueux est requis.

Deux ouvrages sur la condition de la femme, l'un par l'illustre Laboulaye, l'autre par M. Gide, ont été couronnés de nos jours par l'Académie des Sciences morales et politiques de l'Institut de France; mais ni l'un ni l'autre ne comptent parmi les injustices auxquelles les femmes sont sujettes en France ces entraves au mariage qui, pour empêcher les mésalliances des enfants de famille, condamnent une si grande partie de leur sexe au concubinage, sinon à la prostitution. Voir Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes, depuis les Romains jusqu'à nos jours*. Paris, 1843. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*. Paris, 1867.

Voici les dispositions du code italien quant aux mariages des étrangers :

« Art. 102. La capacité de l'étranger de contracter mariage est déterminée par les lois du pays auquel il appartient. Néanmoins, l'étranger est soumis aux empêchements énumérés dans la seconde section du chapitre I de ce titre (Parenté, manque du consentement des père et mère, etc.).

Art. 103. L'étranger qui veut contracter mariage dans le royaume, doit présenter au bureau de l'état-civil une déclaration de l'autorité compétente du pays auquel il appartient, qui prouve que, d'après la loi dont il dépend, rien ne s'oppose au mariage projeté. — Si l'étranger a sa résidence dans le royaume, il doit en outre faire effectuer les publications selon les dispositions du présent code (1). »

En *Prusse,* les étrangers non naturalisés ne sont admis à contracter mariage qu'en justifiant par pièces authentiques que les lois de leur patrie n'apportent aucun empêchement à l'union projetée. L'étranger doit, en outre, faire faire dans sa patrie les publications prescrites; toutefois, lorsqu'il est fixé en Prusse et qu'il y réside depuis plus d'un an, lors même que son établissement définitif ne compte pas encore la même durée d'existence, la publication des bans dans sa paroisse, en Prusse, suffit, comme à l'égard des régnicoles.

D'après une loi du 31 mars 1864, les étrangers qui voudront contracter mariage en Prusse avec des nationaux ou avec des étrangers doivent, outre les autres conditions prescrites, avoir un certificat des autorités locales déclarant qu'ils sont compétents d'après les lois de leur pays à contracter mariage à l'étranger sans déroger à leur droit de citoyens, ou qu'ils ont reçu la permission requise par les lois de leur pays. Les officiers, ecclésiastiques ou civils, qui assistent officiellement à la célébration d'un mariage où il n'y a pas un tel certificat sont, à moins qu'il n'y ait dispense, sujets à une amende.

Les ministres de la justice, du culte et de l'intérieur peuvent dispenser des certificats dans des cas spéciaux. Une circulaire de ces ministres accorde cette dispense aux sujets britanniques et citoyens américains, parce qu'ils n'ont pas les moyens d'obtenir de pareils certificats. Leur qualité d'Anglais ou d'Américains est établie par un passeport de leur gouvernement ou d'un agent diplomatique.

Il est dit dans une note par Demangeat que, depuis 1858, les nationaux français n'ont pas davantage besoin d'une autorisation particulière dès

(1) Huc et Orsier, *Code civil Italien*, tome I, pp. 28-29.

autorités administratives de leur pays pour contracter mariage en Prusse, attendu qu'en général, d'après les lois françaises, il n'est pas possible de se procurer un certificat de ce genre [1].

La loi ne défend pas aux étrangers de contracter mariage en *Russie*, car elle n'établit aucune distinction à cet égard ; elle suppose même de semblables mariages. Ainsi l'addition à l'art. I, porte :

« Le mariage d'un étranger professant la religion orthodoxe avec une femme sujet russe professant la même religion, est réglé par la loi commune ; mais si le mari n'est ni sujet russe, ni au service de la Russie, les effets de ce mariage, quant à la personne et aux biens de la femme, sont réglés par les art. 7 et 891 des lois sur les conditions. »

Aux termes de ces dernières dispositions, la femme perd sa qualité de sujet russe ; elle suit la condition et le domicile de son mari ; elle est tenue d'aliéner ses immeubles dans le délai de six mois, et de payer sur les capitaux exportés un dixième à titre de droit de détraction ; s'il y a des enfants issus d'un premier mariage avec un sujet russe, elle a la faculté de les apportionner. (Voir les art. 594 et suivants du code civil) [2].

D'après Laurent, qui est partisan très prononcé de la théorie du statut personnel, l'étranger ne peut se marier en France, s'il ne le peut dans son propre pays. Laurent cite un cas où la cour de Paris a fait application de ce principe au mariage d'un Espagnol, capucin et diacre, avec une Française. L'Espagnol avait obtenu l'autorisation de fixer son domicile en France, mais en ayant soin de cacher son état. La femme demanda la nullité du mariage en vertu de la loi espagnole. Le tribunal de première instance rejeta la demande, mais la cour l'admit. « Admettre la validité du mariage, ce serait, » a-t-on dit, « reconnaître par un alliage monstrueux, un mariage valable dans un État, nul dans l'autre, bien que l'incapacité inhérente à la personne n'ait pas été effacée. » (Paris, 13 juin 1814).

Laurent mentionne un arrêt en sens contraire de la cour de Caen (16 mai 1846). Mais il ajoute : « Nous ne pouvons tenir aucun compte de cet arrêt puisqu'il nie le statut personnel de l'étranger. Dès qu'on admet qu'il y a un statut personnel, il est évident qu'il faut y comprendre les lois qui régissent le mariage [3]. »

(1) Foelix, *Traité de droit international privé*, t. II, p. 492, note.

(2) Foelix, *Droit international privé*, t. II, p. 503.

(3) Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, p. 131. — Ajoutons à ce propos que la jurisprudence française se montre en général défavorable au mariage des prêtres catholiques, même français (V. Fr. cass. 23 février 1847). Quant à la doctrine, elle est divisée à cet égard. V. entre autres pour la validité Demolombe, t. III, p. 202. — Contra Marcadé, t. I, p. 411 etc. etc.

Fœlix dit des mariages célébrés en France, que, tandis qu'ils dépendent quant à la forme, des lois françaises, il faut, quant à leur validité intrinsèque et pour ce qui concerne le futur conjoint étranger, appliquer les lois du pays de son domicile en tout ce qui est relatif à l'état et à la capacité de sa personne.

Ainsi, lorsque la loi du Wurtemberg déclare les sujets incapables de se marier avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, le mariage d'un Wurtembergeois contracté en France sera nul, nonobstant l'article 144 du code civil, qui permet le mariage à partir de dix-huit ans ou quinze ans accomplis (1).

Une circulaire du ministre de la justice du 4 mars 1831 indique les inconvénients auxquels les Français eux-mêmes sont sujets, à cause de la règle d'après laquelle le statut personnel suit un individu en pays étranger.

« Dans plusieurs États limitrophes ou voisins de la France, la loi défend aux régnicoles de se marier en pays étrangers sans l'autorisation du gouvernement, sous peine de nullité de leur mariage. Il résulte de là que les habitants de ces pays attirés en France, y ont épousé des Françaises sans avoir obtenu cette autorisation. S'ils veulent ensuite retourner dans leur patrie, leurs femmes et leurs enfants s'en voient repoussés comme illégitimes (2).

L'auteur que nous venons de citer ajoute :

« L'étude des législations étrangères, par les jurisconsultes français, sera le meilleur moyen de prévenir les incertitudes et les inconvénients en cette matière ; et si l'officier de l'état civil ne se trouve pas suffisamment éclairé par les explications du futur époux étranger, celui-ci devra faire assigner ce fonctionnaire devant le tribunal, qui statuera selon les circonstances de chaque espèce (3). »

La déclaration suivante a été échangée le 24 décembre 1868 entre la France et le Grand Duché de Luxembourg :

« Les actes à produire pour contracter mariage en France par les sujets Luxembourgeois et dans le Grand-Duché par les sujets français, seront admis par les officiers de l'état civil des deux pays respectivement lorsqu'ils auront été légalisés, soit par le président d'un tribunal, soit par un juge de paix ou son suppléant. Aucune autre légalisation ne sera exigée par l'officier de l'état civil, hormis le cas où il y aurait lieu de mettre en doute l'authenticité des pièces produites (4). »

(1) Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. II p. 384.
(2) *Ibid.*, t. II, pp. 385 et 386.
(3) *Ibid.* p. 387.
(4) *Archives diplomatiques*, 1868, vol. II. p. 629.

Nous avons cité plus haut (v. p. 254, n. 1) l'art. 170 du code Napoléon relatif au mariage des Français en pays étranger et nous avons vu que cet article exige, entre autres, les publications préalables prescrites par l'art. 63 du même code.

La jurisprudence a commencé par se montrer très rigoureuse sur l'application de cet article. « Mais aujourd'hui, » dit Demangeat, « elle parait bien fixée dans le sens de la distinction indiquée par M. Fœlix : que les mariages contractés par des Français en pays étranger ne doivent être annulés que dans les cas où l'on pourrait les arguer d'une nullité prononcée par la loi, même en les supposant contractés en France. » Il en cite plusieurs exemples, entre autres un arrêt de la cour de Bordeaux du 14 mars 1850, d'après lequel « l'omission des publications n'entraine la nullité du mariage que lorsqu'elle a eu lieu à dessein et en vue d'éluder les dispositions de la loi française » (Cf. Cass. 28 mars 1854). Le 13 août 1863 la cour de Caen déclara non recevable une demande en nullité de mariage fondée sur le défaut de publications.

M. Demolombe résume comme suit la doctrine dont il s'agit :

« Les magistrats appelés à statuer sur le sort d'un mariage célébré en pays étranger et confirmé ensuite par la possession d'état des époux, par le consentement des parents, par la naissance d'enfants, etc., les magistrats useront, même pour ce cas, du pouvoir discrétionnaire que leur confère l'art. 193. Appréciateurs souverains de la situation tout entière, des faits nouveaux comme des faits anciens, ils ne les diviseront pas, et ils déclareront finalement, non pas, si vous voulez, que le vice de clandestinité a été purgé, mais que ce vice n'existait pas. Et rien ne sera plus logique à la fois et plus légitime. N'est-il pas vrai qu'un fait peut changer de gravité et de caractère, par suite d'autres faits postérieurs qui viennent ensuite s'y ajouter (1)? »

Deux récents arrêts de la Cour de Cassation de France du 29 février et du 20 novembre 1866, semblent avoir donné à cette interprétation une consécration définitive.

Le titre du mariage au Code italien contient un chapitre spécial, le chapitre V, relatif au mariage des italiens en pays étranger, et des étrangers en Italie. Nous avons déjà cité (v. plus haut, pp. 259 et 260) les articles se rapportant à ces derniers. Voici les dispositions relatives au mariage des Italiens en pays étranger :

« Art. 100. — Le mariage contracté en pays étranger entre citoyens, ou entre

(1) Demolombe, *Traité du mariage*, t. I, n° 225. — Fœlix, *Droit international privé*, t. II, p. 380, note par Demangeat.

un citoyen et un étranger, est valable, pourvu qu'il soit célébré suivant les règles établies dans ce pays, et que le citoyen n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues dans la deuxième section du chapitre I de ce livre. — Les publications dans ce cas doivent aussi être faites dans le royaume suivant les prescriptions des articles 70 et 71. Si le futur conjoint citoyen n'a pas sa résidence dans le royaume, les publications seront faites dans la commune de son dernier domicile.

Art. 101. — Le citoyen qui a contracté mariage en pays étranger, doit, dans les trois mois de son retour dans le royaume, le faire inscrire sur les registres de l'état civil de la commune où il aura fixé sa résidence, sous peine d'une amende qui pourra être portée jusqu'à cent francs (1). »

Le chapitre du projet de *Code espagnol* qui se rapporte à la célébration du mariage a été adopté en 1862. Il contient entre autres les articles suivants, modifiés depuis par le mariage civil adopté en 1869 :

« § 49. — Le mariage célébré entre étrangers conformément aux lois de leur patrie recevra tous ses effets civils en Espagne.

§ 50. — Le mariage contracté à l'étranger, lorsque les deux parties seront ou que l'une d'elles sera espagnole, sera régi par les lois de l'Espagne en ce qui regarde la capacité ou les empêchements dirimants de la partie espagnole ; sauf que, au cas où il n'aurait pas été célébré en présence d'un curé et de deux témoins, et que les parties contractantes viennent dans le royaume, elles le ratifieront dans les deux mois qui suivront leur arrivée et se feront inscrire dans la période correspondante au registre des mariages.

Les discussions sur ce point seront réglées d'après les stipulations qui se trouvent énoncées dans les traités internationaux (2). »

Savigny, qui n'est pas tout-à-fait d'accord avec d'autres publicistes, quant au pays dont la loi doit régler les formes de la célébration, dit :

« Il semble que la forme de l'acte juridique doive être réglée par le droit local auquel cet acte est soumis. Ainsi les contrats devraient se faire d'après les formes légales exigées dans le lieu de l'exécution, les testaments, d'après les formes voulues au domicile du testateur, les mariages, d'après les formes prescrites au domicile du mari.

» On admet généralement que notre règle s'applique à la célébration du mariage. Cependant la chose ne me parait pas sans difficulté. Quand les habitants d'un pays dont la loi ne reconnait que le mariage civil se marient en pays étranger, il n'y a point de doute possible. Mais il n'en est pas de même pour les habitants d'un pays dont la loi exige la célébration du mariage devant l'église. Car cette loi se fonde sur la morale religieuse, et revêt par conséquent un

(1) Huc et Orsier, *Code civil Italien*, t. II. p. 28.
(2) Cardenas, *El derecho moderno, Revista de jurisprudencia y administracion*, p. 208.

caractère rigoureusement obligatoire. D'après ce motif, je pense que les époux doivent renouveler dans leur patrie leur mariage devant l'église, non que l'on doive supposer qu'ils se sont mariés en pays étranger *in fraudem legis*, intention qu'ils n'avaient peut-être pas, et qui d'ailleurs ne saurait être prouvée. Dans le cas d'une célébration nouvelle, même d'après les principes du droit commun, le mariage est reconnu comme valable et efficace depuis sa première célébration. Cette règle rigoureuse ne peut jamais être applicable aux étrangers mariés qui viennent s'établir dans le pays., car une semblable loi, avec son caractère rigoureusement obligatoire, ne s'applique qu'à la célébration des mariages et non à la continuation des mariages déjà contractés.

» La veritable position de notre règle » ajoute Savigny, « soulève une question très importante. L'observation de la forme établie dans le lieu où intervient l'acte juridique est-elle absolument nécessaire ou simplement facultative, de sorte que les parties puissent choisir entre cette forme et celle du lieu auquel appartient en réalité l'acte juridique ? Si l'on considère que cette règle spéciale est faite pour favoriser les parties et faciliter les transactions civiles, on ne saurait douter qu'elle ne soit purement facultative, et que l'on ne puisse choisir l'une ou l'autre forme.

» Lorsque les habitants d'un pays où le mariage devant l'église est obligatoire, se trouvant dans un pays où le mariage civil est seul exigé, se marient devant l'église sans observer les formalités du mariage civil, leur mariage est valable, comme fait suivant la forme établie dans leur patrie, c'est-à-dire dans le lieu où le mariage a son siège propre et permanent. »

Savigny invoque un arrêt du tribunal suprême de Dresde (Seuffert, *Archiv*, vol. II, n° 5), ainsi rapporté par Bar :

« La cour suprême de Saxe, le 21 juin 1845, a déclaré valable un mariage contracté entre deux sujets saxons en Belgique, bien que les parties n'eussent point observé la loi belge en ce qui concerne la célébration devant l'autorité civile et l'inscription au registre des mariages, parce que, bien que la cour reconnût pratiquement la règle *locus regit actum*, un contrat entre deux sujets saxons qui est reconnu valable selon la loi saxonne doit être jugé par la loi saxonne, lorsqu'il s'agit d'en déterminer les effets légaux (1). »

La loi de *Danemark* ne défend pas aux sujets de contracter mariage en pays étranger, pourvu qu'ils ne contreviennent pas aux prohibitions exposées au § VI. En cas de contravention à ces prohibitions, les sujets danois seront, à leur retour, punis d'amende et expulsés du royaume (art. 9, § dernier). Toutefois le mariage est valable, à moins qu'il n'ait

(1) Bar, *Das international Privat- und Strafrecht*. § 91, p. 326. — Savigny, *Traité de droit romain* trad. de Guenoux, vol. VIII, p. 345-355.

été contracté en pays étranger par un sujet dans le but d'éluder une prohibition établie dans sa patrie (1).

Une série de décisions anglaises établissent dans quel sens les tribunaux anglais reconnaissent les mariages des anglais en pays étrangers.

Dans un des premiers cas dont on ait tenu note, cas décidé en 1753 par le tribunal anglais nommé *consistory*, le juge (sir Edward Simpson) s'exprima ainsi :

« La seule question qui me soit soumise est de savoir si ce mariage est valide ou non d'après la loi d'Angleterre. Or, je suis d'avis que la loi d'Angleterre veut que, pour décider de la validité des mariages de cette espèce, on s'enquière des lois françaises ou de celles de toute autre nation étrangère. On ne saurait objecter à cela que les droits des sujets anglais sont déterminés par les lois françaises, car ils le sont toujours par la loi de leur propre pays qui sanctionne et adopte cette règle de décision (2). »

Dans l'affaire de Harford vs. Morris, en 1776, Sir Georges Hay, décidant au sujet de mariages faits à Ypres et en Danemark dit que, si ces mariages doivent être jugés d'après les lois de ces pays, ces lois doivent être mises devant la cour et prouvées de la meilleure manière possible (3).

Dans un autre cas, où le jugement fut rendu, en 1802, par Sir W. Wynne, il a été déclaré qu'un mariage célébré à l'étranger était invalide, s'il n'était fait d'après la loi du pays. La cour n'exigea pas de copie légalisée des lois et des ordonnances, mais basa son jugement sur les témoignages des avocats et des experts (4).

Sir William Scott décida en 1811, dans le même sens que Scrimshire vs. Scrimshire, dans le cas de Dalrymple vs. Dalrymple, où il s'agissait de la validité d'un mariage fait en Ecosse sans cérémonie religieuse. La loi écossaise a été traitée comme la loi d'un pays étranger.

« Le cas a été élucidé, dit le juge, par des témoins de l'érudition légale la plus complète. La cour en est redevable surtout aux experts examinés en Ecosse. L'affaire étant portée devant un tribunal anglais, doit être jugée d'après les principes de la loi anglaise en cette matière. Mais le seul principe qu'on pose ici, d'après la loi d'Angleterre, c'est que la validité des droits matrimoniaux de Miss Gordon doit être jugée par la loi du pays où, en tant qu'ils existent, ils ont eu leur origine. Une fois ce principe posé, la loi d'Angleterre se retire tout-à-fait, et

(1) Fœlix, *Traité de droit international*, tom. II, p. 302.

(2) Haggard's *Consistory reports*, vol. II. p. 407, Scrimshire vs. Scrimshire.

(3) *Ibid*, vol. II. p. 430, Harford vs. Morris.

(4) *Ibid* vol. II, p. 437, Middleton vs. Janverin.

abandonne la question de légalité au jugement exclusif de la loi d'Ecosse (1). »

Les lois régissant les mariages dans les *Indes britanniques,* quoique le résultat d'une législation très récente, sont aussi compliquées que celles adoptées dans la Grande-Bretagne elle-même. Les mariages sont sujets aux mêmes difficultés et peuvent être annulés pour vices de forme. Dans les commencements de la colonisation, ils étaient célébrés selon la *common law* d'Angleterre, comme on la comprenait avant la décision de 1843, dans le cas de Queen vs. Millis.

En 1861, un acte régissant les mariages dans les Indes, 14 et 15 Vict., c. 40, fut passé. Il ne crée aucune nullité statutaire (*statutory*). Il déclare que tous les mariages célébrés jusqu'à présent dans l'Inde par des personnes dans les ordres sacrés, s'ils ne sont pas invalides pour d'autres raisons, seront regardés et tenus par la loi comme valides à tous égards. Tout mariage célébré dans les Indes avant le 1er mai 1865 par des personnes qui n'ont pas reçu l'ordination épiscopale, ou qui n'ont pas reçu une autorisation expresse de solenniser de tels mariages en vertu d'actes du gouvernement ou d'actes du Conseil des Indes devront, s'ils ne sont pas invalidés par d'autres raisons, être regardés comme valides à tous égards.

A partir du 1er mai 1865, tout mariage solennisé dans les Indes, entre personnes dont une au moins professe la religion chrétienne, autrement qu'en conformité avec les dispositions de l'acte relatif aux personnes qui peuvent solenniser un mariage, sera nul et sans effet.

« Le plus important des statuts du royaume concernant les mariages des sujets britanniques européens dans les colonies, » dit le Rapport de la Commission anglaise, « est l'acte 28 et 29 Vict. c. 64 (29 juin 1865), par lequel toute loi faite ou qui sera faite par la législature de l'une quelconque des possessions étrangères de Sa Majesté dans le but d'établir la validité d'un mariage quelconque antérieurement conclu dans une telle possession, aura et sera considérée comme ayant eu, à partir de sa date, la même force et les mêmes effets aux fins susdites, dans toute l'étendue des possessions de Sa Majesté, qu'elle aurait ou pourrait avoir dans la possession pour laquelle elle a été faite, pourvu que rien dans cette loi ne donne effet ou validité à un mariage que les parties, à l'époque où il a été fait, n'auraient pas été capables de contracter selon la loi anglaise.

» Tous les mariages contractés par des sujets anglais en pays étranger selon les formalités requises par la *lex loci contractus* sont reconnus pour valides par

(1) HAGGARD, ouv. cité, vol. II, p. 59, Dalrymple vs Dalrymple.

les tribunaux anglais, excepté dans les cas où les parties n'étaient pas dans les conditions de capacité requises par la loi d'Angleterre (1). »

Les mariages dont nous avons parlé sont les mariages monogames tels qu'ils existent dans la chrétienté.

Le principe que leur validité doit être déterminée par la loi du pays où ils ont été célébrés, n'a jamais été supposé s'appliquer aux pays où le mariage tel que nous l'entendons n'existe pas.

Les mêmes considérations qui ont induit les gouvernements non chrétiens à acquiescer à l'exterritorialité des Francs dans toutes les matières qui se rapportent à la juridiction civile et criminelle, s'appliquent d'une manière spéciale au mariage, et les nations commerciales ont établi des réglements intéressants sur la manière de célébrer les mariages de leurs nationaux dans ces pays.

Des mariages dans les hôtels des ambassadeurs ou a l'intervention des consuls. — La complication des règlements concernant le mariage, dont nous avons eu occasion de parler, a aussi fait recourir, soit avec, soit sans l'assentiment des gouvernements respectifs à une soi-disant exterritorialité attachée aux hôtels des ambassadeurs et d'autres représentants diplomatiques à l'étranger, ou à l'intervention des consuls spécialement autorisés.

Nous ne trouvons aucun exemple de l'exercice de la juridiction, basée sur une exterritorialité diplomatique, relativement à des personnes ne faisant pas partie de la suite de l'ambassadeur, même dans les annales des temps où le palais d'un ambassadeur était considéré comme un lieu d'asile pour les plus grands criminels. Aucune allusion n'est faite à de semblables prétentions dans Wiquefort, Grotius, Vattel, Martens, Klüber, Wheaton ou Twiss. Westlake, loin de regarder les mariages faits dans les ambassades comme valides partout selon le droit des gens, les considère comme

(1) *Report of the Royal commission*, pp. XLIX et L. — Un écrivain qui voudrait constater l'existence au Canada du mariage religieux obligatoire, nous apprend que les tribunaux des deux sections de cette province n'ont pas cru devoir se conformer à la décision en cause de Queen vs. Millis (v. ci-dessus, p. 63). Il cite en effet deux décisions rendues l'une dans le Bas-Canada (Connolly vs. Woolrich, II, L. C. Jurist, 197), et l'autre dans le Haut-Canada (Brackey vs. Brackey. 2, U. C. Queen's Bench R. 349). « On a pensé, » ajoute-il, « que la loi commune de l'Angleterre, qui était » suivie avant les *Marriage Acts*, qui seule a force dans les colonies, ne requerrait pas l'inter- » vention d'une personne dans les ordres pour la validité du mariage, parce que, dit-on, la loi » canonique, avant le Concile de Trente, n'exigeait pas cette condition. » Le même écrivain s'étonne que, dans la cause de Connolly vs. Woolrich, on ait paru ignorer l'existence de la décision dans Beamish vs. Beamish (cause où il s'agissait de la validité du mariage d'un ministre anglican célébré en Irlande par lui-même et où la Chambre des Lords se prononça, le 21 février 1861, dans le même sens que dans l'affaire Queen vs. Millis en annulant le mariage (Jurist, N S., vol. VIII, p 770) V. Girouard, *Considérations sur les lois civiles du mariage*. Montreal, 1868, pp. 10 et 12.

se trouvant dans la même catégorie que ceux qui sont solennisés dans les consulats et qui « s'ils sont invalides selon la *lex loci contractus*, possèdent, devant les tribunaux anglais et pour les biens situés dans le ressort de ces tribunaux, la validité d'un contrat collatéral de mariage (1). » (Beavan's *Reports*, vol. XVIII, p. 112, Este vs. Smyth).

Le grand publiciste prussien, Heffter, se rapportant aux immunités diplomatiques dit : Les actes paroissiaux célébrés régulièrement dans la chapelle de l'ambassade produisent-ils des effets civils? Oui, par rapport aux personnes qui font partie de l'ambassade; quant aux personnes étrangères à la mission ou à des indigènes, la solution de cette question dépend des lois intérieures de chaque état et de la tolérance de son gouvernement (2).

Nous croyons qu'il n'y a pas eu de décisions judiciaires affirmant directement la validité des mariages faits aux ambassades.

Dans une cause portée devant Sir William Scott, en 1790, le principe de l'exterritorialité d'une chapelle d'ambassadeur au point de vue de la célébration des mariages entre étrangers qui n'étaient pas du pays de l'ambassadeur, a été répudié. La pétition déclarait que le mariage avait été célébré dans la chapelle de l'ambassadeur de Bavière, — endroit où les bans de mariage ne sont pas ordinairement publiés, — et cela sans bans et sans licence. On cita le cas de Tierville, décidé en 1783. Dans ce cas, un mariage avait été solennisé dans la chapelle de l'ambassadeur de Venise sans le consentement des parents; une des parties était mineure. La cour déclara le mariage invalide parce qu'il avait été célébré dans un lieu où les bans ne sont pas ordinairement publiés (3).

Phillimore, parlant de ces cas, dit :

« Le privilége de l'ambassadeur s'étend à ceux qui sont domiciliés dans sa famille, et qui résident avec lui, mais il n'y a point d'autorité qui lui permette d'en faire part à d'autres (4). »

Dans l'affaire de Ruding vs. Smith, décidée par Sir William Scott en 1821, et où il s'agissait des mariages dans des pays où ils ne pouvaient être célébrés d'après une loi locale, il est dit:

« Quant aux mariages de sujets étrangers dans les hôtels des ambassadeurs du pays étranger auquel ils appartiennent, il n'y a pas, que je sache, de reconnais-

(1) Westlake, *Private international law*, § 345, p. 323.
(2) Heffter, *Droit international*, Ed. 1868, p. 397.
(3) Haggard's *Consistory Reports*, vol. I, P. 136. Pertreis vs. Tondear.
(4) Phillimore, *Commentaries on international law*, vol. IV, p. 120.

sance judiciaire sur ce point ; mais l'opinion généralement répandue que de tels mariages sont valides, fait que cette reconnaissance serait loin d'être improbable, si la question, ainsi posée, était appelée à être jugée. »

Le *reporter*, faisant allusion au cas déjà cité de Pertreis vs. Tondear, dit : « On ne peut trouver aucun autre cas de cette espèce qui ait été décidé. »

Dans l'argument de Harford vs. Morris (*supra*) on rappela l'affaire de Lacy vs. Dickinson, portée devant le *Consistory Court* en 1769. Dans ce cas les parties, toutes deux sujets anglais ayant résidé à Amsterdam, vinrent à Paris et y furent, en l'absence de l'ambassadeur d'Angleterre, mariées par un chapelain en l'hôtel de l'ambassadeur de Hollande et avec la permission de celui-ci. Plus tard, elles vinrent en Angleterre, où la femme intenta une action en nullité, à laquelle M. Dickinson répondit en plaidant la validité du mariage dont nous venons de parler. La femme, à son tour, invoquait la loi de Hollande : « Que tout mariage contracté entre les sujets de leurs hautes puissances ou autres, célébré dans l'hôtel d'un ambassadeur des États-Généraux, en pays étranger, entre les sujets des États-Généraux ou autres, à moins que les parties ne l'aient d'abord contracté suivant la loi hollandaise, que le contrat n'ait été dûment enregistré, et à moins que les bans n'aient été dûment publiés en Hollande avant la célébration dudit mariage, est nul et sans effet à tous égards. » Elle se prévalait aussi de ce que, d'après la loi française, un mariage non-solennisé, *in facie ecclesiæ* et après la publication des bans, par le prêtre de l'église de la paroisse dans laquelle les parties vivaient ou étaient domiciliées, était, à moins d'une dispense et autorisation spéciale, nul et sans effet. Le mari étant venu à mourir, la cause n'eut pas de suite (1).

L'objet déclaré de l'acte 4 Geo. IV, c. 91 (1823) est de valider les mariages célébrés dans les hôtels des ambassadeurs, ainsi que ceux qui seraient célébrés dans les factoreries britanniques en pays étranger où il n'aurait pas été possible de conclure un mariage chrétien en se conformant à la loi du lieu.

Il n'y a pas d'empêchement dans l'acte de 1823 à ce que les deux parties aillent à l'ambassade britannique, et y soient mariées sans qu'on fasse aucune question, et sans aucune garantie quant à leur droit de contracter mariage. C'est pourquoi depuis l'acte de 1856 pour l'Ecosse, qui mit fin aux mariages de Gretna Green, les Anglais qui ne peuvent remplir

(1) HAGGARD's *Consistory Reports*, vol. II, p. 371, Ruding vs. Smith. *Ibid.* p. 386, Harford vs. Morris.

les conditions du *marriage act* anglais y ont recours. Lorsqu'ils sont célébrés d'après l'acte du parlement, ces mariages peuvent seulement l'être par un ministre de l'église d'Angleterre. De tels mariages faits par un ministre de l'église d'Ecosse ne sont pas reconnus.

Il paraît, d'après le témoignage devant la « *marriage commission,* » que les premières instructions dans les archives du département des affaires étrangères (*Foreign Office*) qui se rapportent aux mariages dans les hôtels des ambassadeurs, sont du 16 mai 1816. Une circulaire de cette date, adressée aux ministres britanniques à l'étranger, leur ordonne de tenir aux ambassades et légations des registres pour les mariages de ce genre. M. Hammond (sous-secrétaire d'État) écarte le principe de l'exterritorialité, en émettant l'avis que les mariages diplomatiques célébrés avant l'acte 4 Geo. IV, c. 91 (1823), n'avaient pas d'autre autorité que l'usage.

Une question s'éleva en février 1861, relativement au droit d'un sujet naturalisé anglais, né Suisse, d'être marié à l'ambassade anglaise à Paris. On donna pour instruction à Lord Cowley, d'après l'avis de l'avocat de la reine, de permettre la célébration du mariage à l'ambassade, en faisant savoir à la fiancée que M. Zwinger pourrait aussi bien être regardé comme citoyen Suisse que comme sujet anglais naturalisé, et que la validité de son mariage pourrait être mise en doute en Suisse, en France et dans d'autres pays en dehors de l'Angleterre. C'est pourquoi on lui conseilla de se marier préalablement, d'après les formes légalement autorisées en France (1).

La commission anglaise a eu sous les yeux une circulaire du *Foreign Office,* en date du 28 février 1867.

« Mon attention, » dit le secrétaire d'État, « a été appelée dernièrement sur la question de la validité des mariages célébrés dans les hôtels des représentants diplomatiques de Sa Majesté britannique en pays étrangers entre sujets anglais et étrangers. Après avoir consulté les officiers légaux de la couronne, j'ai à vous donner pour instructions de faire connaître aux sujets de Sa Majesté, afin qu'ils comprennent bien la situation dans laquelle ils se trouveraient en de telles circonstances, qu'un mariage ainsi contracté n'est pas nécessairement valide en dehors des possessions de Sa Majesté (2). »

Nous trouvons dans l'appendice au rapport de la commission, la notice suivante sur les mariages dans les hôtels des ministres étrangers à Londres.

Un ambassadeur d'un pays étranger a récemment prétendu, dit le *Regis-*

(1) *Instructions à Lord Cowley* le 27 février 1861.
(2) *Report of the royal commission*, p. 190.

trar, que dans l'hôtel de son ambassade en Angleterre, des mariages peuvent être solennisés par le chapelain de cette ambassade, entre un sujet de la puissance dont il s'agit et un sujet britannique, quoique l'hôtel ne soit ni certifié sous les actes 15 et 16 Vict., c. 36, et 18 et 19 Vict., c. 81, ni enregistré pour les mariages, sous l'acte 6 et 7 Will. IV, c. 85, quoiqu'aucun certificat ni aucune licence ne soient accordés par le *superintendent registrar*, et quoique aucun *Registrar* des mariages ne soit présent. Après avoir ainsi exposé la prétention, on en démontre l'invalidité en citant Haggard's *Consistory Reports*, vol. I, p. 138 et Shelford, *on Marriage*, p. 75 (1).

« Je crois, dit M. Hammond, que, quand un Russe et une Russe se marient à Londres, sous quelque forme que le mariage ait lieu, on prend la précaution de s'assurer de la présence du *registrar*.

» C'est un fait certain qu'aucun mariage n'a jamais été célébré dans la chapelle de l'ambassadeur français ou au bureau du consul français.

» Le secrétaire de la légation de Prusse, m'a dit que ces mariages aux ambassades avaient l'appui de la loi d'Angleterre ; mais que l'on ne connaissait sur le continent rien de semblable. Les étrangers qui viennent en Angleterre se conforment à la *lex loci* (2). »

L'acte 12 et 13 Vict. 1849 fit une disposition pour lever tout doute quant à la validité rétrospective de mariages solennisés dans un pays étranger, à bord d'un vaisseau de guerre anglais en station à l'étranger, par un ministre de l'église anglaise ou écossaise, un fonctionnaire diplomatique ou consulaire, ou l'officier commandant le navire. Cet acte fut passé principalement pour pourvoir aux mariages entre des sujets britanniques, ou entre parties dont l'une était sujet britannique, dans les pays chrétiens où l'on disait qu'un mariage entre protestants ne pouvait être célébré. Ces mariages doivent être célébrés par le consul comme *registrar*, ou ils peuvent être solennisés en sa présence par un ministre de l'église d'Angleterre, ou d'après telle autre forme que les parties veulent adopter.

Parlant de cet acte, M. Hammond dit :

« Il est arrivé des cas où l'on a attaqué des mariages dans lesquels l'une des parties était française, belge ou espagnole et l'autre anglaise. La validité du mariage a été mise en question, les lois du pays où il a été contracté ne reconnaissant pas de tels mariages. Les embarras qu'un tel état de choses est propre à produire décidèrent le secrétaire d'État à envoyer une circulaire à tous nos

(1) *Report* etc., p. 40.
(2) *Ibid*, p. 193.

ministres, circulaire qui sera maintenant étendue à nos consuls. Cette circulaire leur recommande expressément d'avertir les parties dans tous les cas de mariages mixtes célébrés dans une ambassade ou un consulat britannique, que le mariage n'est réellement et nécessairement valide qu'en Angleterre (1). »

M. Hammond rappelle, à l'appui de cette opinion, un fait survenu récemment en Espagne, où l'on arrêta une femme espagnole, pour avoir osé se marier et vivre maritalement avec un Anglais, le mariage ayant été célébré au consulat d'Angleterre à Barcelone. Les autorités espagnoles s'emparèrent de la femme à l'instigation de ses amis et le gouvernement anglais n'eut aucun pouvoir pour s'y opposer.

Le Lord Chancelier s'exprime dans le même sens :

« Nous ne pouvons faire plus que de reconnaître la validité de ces mariages dans notre propre pays. Il va sans dire que nous ne pouvons avoir aucune influence sur des pouvoirs étrangers relativement à la validité des mariages dans leurs pays (2). »

En réponse à la question : Est-il jamais arrivé à votre connaissance que cette législation ait donné lieu à des suites facheuses ? M. Hammond dit :

« Nous avons eu devant nous le cas d'une Anglaise qui se maria avec un Français dans ce pays ; mais les autorités françaises ne veulent pas reconnaître ce mariage. J'ai fait allusion à un fait très remarquable arrivé en Espagne en 1850. L'avocat de la reine à cette époque ne voulait pas prendre sur lui d'affirmer que le mariage d'un sujet espagnol dans un consulat d'Angleterre devrait être regardé comme valide, s'il était contraire à la loi espagnole. La loi espagnole doit prévaloir et régulariser l'état des personnes aussi longtemps qu'elles résident en Espagne sans contracter un mariage reconnu en forme et sanctionné par la loi espagnole. L'avocat de la reine était d'avis que le mariage n'était légalement valide qu'à moins d'avoir été reconnu comme tel par la loi d'Espagne, ce qui était très improbable.

» Peu de temps après le passage du *Consular Act*, un de nos consuls en Belgique faisait savoir que : « Nul mariage n'est légalement valide en Belgique en ce qui touche les sujets belges, ou les successions à des biens en Belgique, que si ce mariage a été célébré en tous points en conformité avec les règlements belges, qui sont basés sur le code Napoléon. »

Le *Consular Act* (de 1849) dit : « les deux contractants ou l'un des deux étant Anglais. » Dans le *Diplomatic Act* (de 1823) on ne dit rien de la nationalité des parties ou de l'une d'elles. Toutes les deux peuvent être étrangères.

(1) *Report* etc., p. 190.
(2) *Ibid.*, p. 190.

Voici ce que propose la commission pour tous les cas où la *lex loci* ne reconnait pas comme valide un contrat de mariage fait au consulat britannique :

« Nous pensons qu'il serait désirable, dans le but d'éviter cette difficulté, que les parties fussent mises à même d'avoir leur mariage solennisé, si elles le désiraient, dans un lieu quelconque du culte public, où le mariage peut être solennisé d'après la *lex loci*, et conformément à la *lex loci*, et que le consul fût autorisé à être présent à la solennisation de tout mariage quand une des parties est anglaise, à quelque place de culte que ce fût, dans les limites de son district consulaire, sans aucune restriction quant aux heures légales, et qu'il eût le pouvoir d'enregistrer le mariage. Mais nous croyons que nul mariage solennisé par le consul lui-même ne devrait être validé par la loi anglaise (s'il est invalide par la *lex loci*), excepté dans le cas où les deux parties sont sujets anglais (1). »

Il y a une inconséquence dans l'usage anglais. Les Anglais célèbrent les mariages d'étrangers sans s'inquiéter de leur statut personnel, mais en même temps ils passent des actes du parlement qui sanctionnent la célébration des mariages par les consuls ou dans les maisons des ministres à l'étranger, en dépit de la juridiction du pays étranger, non seulement entre deux sujets britanniques, mais dans les cas où une des parties est étrangère, même parfois lorsque toutes les deux le sont.

Aux termes d'une opinion émise, le 24 novembre 1854, par M. Cushing, *attorney-général* des États-Unis, « le principe général des États-Unis, en ce qui regarde le mariage, est que, entre personnes *sui juris*, il doit être réglé par la loi du pays où il a été célébré. Si cette loi le déclare valide, lors même que les parties contractantes ne seraient que de passage dans l'endroit, et lors même que, d'après la loi de leur localité, le mariage ne serait valide, ni quant à la forme ni quant à la substance, il n'en a pas moins une pleine valeur, sauf peut-être quelques exceptions, dans les cas d'inceste ou de polygamie, par exemple. Si le mariage n'est pas valide là où il est célébré, il n'est valide nulle part. (Story, *Conflict of Laws*, § 113, Bishop, *on marriage and divorce*, §§ 125 et 355.)

« Il n'y a d'exceptions à cette dernière proposition, que 1° en faveur des mariages contractés par des parties résidant dans un pays étranger dont la loi est telle qu'elle les met dans l'impossibilité, s'ils s'y conforment, de contracter un mariage légal ; 2° en certains cas, et dans quelques pays étrangers, où la loi locale reconnait comme valide un mariage contracté

(1) *Report* etc , p. LIII.

d'après la loi du domicile; 3° lorsque la loi du pays suit les parties contractantes, c'est-à-dire dans l'éventualité de leur exterritorialité personnelle, comme dans le cas d'une armée et des personnes de la suite qui envahiraient un pays et en prendraient possession (Ruding vs. Smith, Haggard's *Consistory Reports*, vol. II, § 371); ou bien d'une armée *in transitu* à travers un pays ami, ou d'un vaisseau de guerre étranger dans les ports d'une nation étrangère. (*The Exchange*, Cranch's *Reports*, vol. VIII, p. 136.)

» Il s'en suit comme conséquence nécessaire que, excepté dans les cas énumérés, le mariage doit être célébré d'après la loi de l'endroit où il a lieu et par une personne légalement qualifiée à cet effet, à moins que la personne qui célèbre le mariage, ou le local dans lequel il est célébré, ne jouisse des priviléges de l'exterritorialité.

» D'après Lord Stowell, il peut arriver que la présence d'un souverain étranger séjournant en pays ami, ou bien celle de son ministre plénipotentiaire, ou encore l'acte d'un membre du clergé dans la chapelle ou dans l'hôtel d'un souverain ou de son ambasssadeur, rendent valide un mariage entre ses sujets ou les membres de sa suite (Ruding vs. Smith, Haggard's *Consistory Reports*, vol. II, p. 371 ; Pertreis vs. Tondear, *Ibid.*, vol. I, p. 136; Burge, *On colonial and foreign laws*, vol. I, p. 168.)

» Mais lors même qu'un souverain étranger ou son ambassadeur auraient le droit de célébrer un mariage, ce droit ne s'étendrait néanmoins qu'à ses sujets, concitoyens, ou à sa suite. Le mariage qui serait célébré par un souverain ou par son ambassadeur dans un pays étranger, entre des citoyens de ce pays ou même entre des étrangers qui y résideraient ou y seraient de passage, ne lui emprunterait aucune valeur : il serait de nul effet, à moins qu'il ne fût légal d'après la loi de la localité.

» Il est encore plus évident que les consuls n'ont pas l'ombre d'autorité pour célébrer un mariage entre des étrangers. Ils ne peuvent même le faire entre leurs compatriotes, à moins d'y être expressément autorisés par la loi de leur propre pays.

» Dans les pays où le simple consentement des parties, suivi de copulation, constitue le mariage, ainsi que cela a lieu en Écosse (Dow's *Reports*, vol. I, p. 148, M[c] Adam vs. Walker; Haggard's *Consistory Reports*, vol. II, p. 97, Dalrymple vs. Dalrymple), et où la présence et l'attestation d'une personne quelconque suffisent pour établir le consentement, le mariage par devant un consul étranger peut être valide, non parcequ'il est consul, mais parce que le consentement constitue le mariage.

» Si les parties contractantes se trouvent, lorsque le mariage est célébré, dans le lieu même de leur domicile, comme par exemple des Espagnols domiciliés à Barcelone et s'y mariant, il est évident que la juridiction locale est absolue et complète, et qu'un consul des États-Unis n'a pas plus le droit d'y célébrer un mariage entre les parties ainsi placées qu'il n'a le droit d'empiéter sur les fonctions du capitaine général.

» Supposons toutefois que les parties soient étrangères quant à la localité, sans être néanmoins citoyens des États-Unis.

» La règle générale est que toute personne, se rendant en pays étranger, y est astreinte aux obligations civiles de son lieu de naissance, excepté que, dans quelques pays, certaines formes sont prescrites d'après lesquelles un sujet peut se libérer de ses devoirs envers son souverain naturel et des obligations civiles auxquelles il était soumis. Beaucoup de ceux qui émigrent d'Europe aux États-Unis, n'ont pas, croit-on, observé ces formalités préliminaires; c'est pourquoi, tant qu'ils n'auront pas acquis un nouveau domicile aux États-Unis, et tandis qu'ils se trouveront en pays étranger sur leur route, et avant qu'ils ne soient embarqués, ils doivent nécessairement être encore soumis à la loi de leur domicile, autant du moins que cette loi est observée dans le pays où ils sont de passage ou séjournent temporairement. La question de validité de leur mariage, célébré par un consul étranger, doit donc dépendre de la condition légale des parties contractantes dans les pays de l'Europe.

» Il se peut qu'un mariage entre étrangers, célébré en pays étranger par un consul des États-Unis, quoique nul et sans effet dans le pays où il a été célébré, devienne valide dans quelques-uns des États de l'Union, comme mariage prouvé par l'opinion commune, ou par cohabitation ayant suivi le consentement, suivant l'ancienne disposition du droit commun. Mais, même dans ce cas, le certificat du consul ne constituerait pas le mariage : il servirait tout au plus comme preuve du consentement des parties, et corroborerait les preuves de cohabitation.

» Dans ce qui précède, » continue M. Cushing, « il a été exclusivement question de mariages considérés comme légalisés par des consuls des Etats-Unis résidant officiellement dans quelque contrée de la chrétienté.

» Il me semble que, dans les États non-chrétiens, mahométans ou autres, les actes passés entre des citoyens des États-Unis et surtout les actes de mariage ne rentrent pas sous la *lex loci*, mais doivent être régis par la loi du domicile ; dans ces pays, par conséquent, un acte de mariage peut être valablement célébré et certifié non-seulement par un ambassadeur, mais aussi

par un consul des États-Unis. Les autorités anglaises adoptent la même règle. D'après elles, dans tous les cas où un mariage selon la *lex loci* est impossible, un mariage légitime peut être contracté en le constatant par les meilleurs moyens praticables.

» Cette doctrine est conforme au droit canon qui donne effet à ce que l'on désigne comme *matrimonia clandestina*, c'est-à-dire à des mariages célébrés sans égard aux formes religieuses et autres prescrites par le Concile (Cavalario, *Derecho canonico*, tome II, p. 172; Escriche vs. Mati), lorsqu'ils sont contractés dans des pays où il ne pourrait y avoir de mariage, si ces dispositions devaient être observées. (Walter, *Derecho ecclesiastico*, § 292, 294.)

» Nous dirons même plus : dans ces pays en question, et en l'absence de tout prêtre, le mariage pourrait être valide uniquement par consentement, conformément au droit canon, tel qu'il était admis avant le Concile de Trente, soit par *verba de præsenti* soit par *verba de futuro cum copula*, ainsi que cela est arrivé *ex necessitate rei*, sous la loi espagnole, dans des contrées de l'Amérique. En pareil cas, un mariage pourrait conséquemment être célébré par un simple gouverneur militaire. (Patton vs. Phil. et New-Orléans, *Louisiana Annual Reports*, vol. I, p. 98. V. aussi Hallet vs. Collins, Howard's *Reports*, vol. X, p. 174.)

» Considérant que, par la loi commune qui régit le mariage, telle qu'elle a cours dans tous ou dans presque tous les États de l'Union, le mariage n'est qu'un contrat civil, pour la validité duquel l'intervention religieuse n'est pas nécessaire (Bishop, *On marriage*, § 163), il semblerait résulter, du moins en ce qui regarde les pays barbares ou autres, dans lesquels il n'y a, en fait, pas de *lex loci*, ou les pays mahométans ou païens, dans lesquels, quoiqu'il existe une loi locale, les Américains n'y sont pas soumis, que le statut personnel les y suit, et que le contrat de mariage, comme tout autre contrat, peut y être certifié et légalisé par un consul des Etats-Unis.

» Mais cette doctrine ne s'applique pas aux pays de l'Europe et à leurs colonies en Amérique ou dans d'autres parties du monde où il existe une loi reconnue du lieu; la règle *locus regit actum* y est en pleine vigueur. Dans ces lieux, à mon avis, un consul des États-Unis n'a pas la faculté de célébrer un mariage, soit entre des étrangers, soit entre des Américains (1). »

L'acte du Congrès des États-Unis du 22 juin 1860 porte au § 31 :

« Tout mariage célébré par devant un officier consulaire *en pays étranger*,

(1) *Opinions of Attorneys-General*, vol. VIII, p. 22.

entre des personnes qui seraient autorisées à se marier, si elles résidaient dans le district de Colombie, aura force et effet, et sera valable à tous égards, comme s'il avait été célébré aux États-Unis. Dans tous les cas où il y aura eu mariage par devant un officier consulaire, le dit officier devra remettre à chacune des parties un certificat dudit mariage, et devra en envoyer également un au département d'Etat pour y être conservé; le dit certificat spécifiera le nom des parties, leur âge, le lieu de leur naissance et de leur résidence (1). »

La section ci-dessus mentionnée, quoique conçue en termes généraux, fait partie de l'acte intitulé : « *pour mettre à exécution les traités avec la Chine et avec d'autres nations non-chrétiennes.* » D'après l'interprétation du département d'État, la disposition s'applique à ces pays seulement.

Les propositions de M. Cushing sont incorporées presque textuellement dans les instructions aux Consuls américains et sont obligatoires pour eux (2).

M. Cass, secrétaire d'État, dans une instruction du 12 novembre 1860 à M. Fay, ministre à Berne, dit qu'il n'existe aux États-Unis, ni loi d'État ni loi fédérale qui confère, soit à des ministres, soit à des consuls, l'autorité de célébrer des mariages. En ce qui concerne les consuls, le § 31 de l'acte du Congrès de 1860 (v. ci-dessus) n'a en vue que d'exiger la présence d'un officier consulaire à la célébration du mariage. « C'est là, sans nul doute, une mesure pleine de sagesse, non-seulement en ce qu'elle est par elle-même une garantie contre la fraude, mais en ce qu'elle rend plus facile la constatation authentique de ce mariage aux États-Unis. Mais cette mesure n'enlève pas aux autorités locales la célébration d'un tel mariage, et elle ne donne aucun pouvoir à l'officier consulaire de faire lui-même la cérémonie.

« A mon avis aussi, le passage de la même section qui déclare que de tels mariages auront le même effet que s'ils avaient été célébrés aux États-Unis, doit être limité aux localités et aux districts sur lesquels le Congrès possède le pouvoir de juridiction exclusive, et ne peut avoir de force dans les États respectifs.

» Pour ce qui est des ministres à l'étranger, la question est quelque peu différente, attendu qu'en discutant leur pouvoir, l'on a maintenu qu'il est une conséquence du droit d'exterritorialité. Mais quoique le principe d'après lequel un ministre étranger est exempté de la juridiction du pays auprès

(1) U. S. *Statutes at Large*, 1859-1860, p. 79.
(2) V. *United States Consular Regulations*, 3e édit. 1868, pp. 119-120.

duquel il est accrédité, protège sa personne et son domicile, je ne vois pas en quoi ce principe entraîne après lui la faculté d'exercer une autorité quelconque, civile ou criminelle. Je n'admets pas qu'une obligation contractée dans la résidence du ministre des États-Unis à Paris, contrairement aux lois françaises, puisse devenir valide lorsque les parties se trouvent aux États-Unis. Si loin que l'on porte ce principe d'exterritorialité, il ne peut s'étendre jusqu'à conférer à un ministre à l'étranger une autorité qui ne soit pas nécessairement inhérente à sa position officielle, ou qui ne lui soit pas déléguée par quelque loi de son propre pays.

» On ne peut guère prétendre que les lois de chacun des États et des territoires de l'Union puissent être en vigueur dans les résidences de tous nos ministres au dehors, quelque position que l'on prenne vis-à-vis des lois des États-Unis ou d'une partie d'entre elles. Cela étant, il est difficile d'imaginer d'où un ministre, à l'étranger, peut dériver le pouvoir de célébrer un mariage, qui serait non-seulement valide dans chacun des États, mais qui serait exempt de tous doutes quant aux droits qu'il confère, quelle que soit la législation qui existe à ce sujet dans les États respectifs : poùrquoi son intervention se borne-t-elle à la célébration du mariage et ne s'étend-elle pas à la dissolution de ce lien, la législation étant également nécessaire dans les deux cas (1)? »

« Il y a sans doute, » dit un avocat américain établi à Paris, « bien des Américains mariés en Europe soit dans une église dite américaine, soit à la résidence du ministre américain, par un membre du clergé et selon les formes usitées dans leur pays, qui seraient bien étonnés d'apprendre qu'un tel mariage est invalide, non seulement selon la loi étrangère, mais même peut-être aussi selon la leur.

» Les mariages qui nous occupent ne rentrent point dans les catégories exceptionnelles mentionnées par Story, des mariages dans les factoreries étrangères, dans des places conquises, dans les pays déserts ou barbares, ou dans ceux d'une religion contraire, auquel cas il est permis, par nécessité, de contracter mariage selon les lois de son propre pays. Ils tombent donc sous l'application de la seconde section de la règle générale, de sorte que, s'ils sont invalides dans le pays où ils ont été célébrés, ils le sont partout. »

Se référant aux actes du Parlement, concernant les mariages célébrés dans les chapelles ou à la résidence des ambassadeurs, ou devant les con-

(1) Department of State, MSS. — LAWRENCE's *Wheaton*, 2me éd. pp. 183 et 398.

suls résidents ou les chapelains de l'armée, le même jurisconsulte dit que les statuts peuvent rendre de tels mariages valides en Angleterre; « mais nous ne savons si, en l'absence de stipulations à cet effet dans des traités, ils ne continueraient pas à être jugés nuls par tous les tribunaux étrangers, par le motif qu'on ne saurait tolérer qu'une pareille action exterritoriale d'un statut vienne annuler la souveraineté du lieu où le contrat est fait ou de celui où le mariage est célébré. Si l'on pouvait jamais soutenir une telle prétention, ce serait dans le cas des mariages célébrés aux résidences des ambassadeurs, en se basant sur la théorie de l'exterritorialité de ces résidences. Or, sur ce point il suffira de rappeler le langage de M. Cass (1). »

Un acte de la législature du Massachusetts, compris dans la révision de 1860, déclare que « les mariages célébrés en pays étrangers par les consuls ou les agents diplomatiques des Etats-Unis seront valides dans cet État; et une copie du régistre ou du certificat du consul ou de l'agent diplomatique sera une preuve présomptive d'un tel mariage. » Les mariages contractés depuis cet acte, peuvent se trouver au Massachusetts sur le même pied qu'en Angleterre les mariages contractés conformément aux actes consulaires et diplomatiques de ce dernier pays. Mais lors d'une affaire jugée dans cet Etat, en reconnaissant un mariage fait en 1851 à Francfort par le consul américain, on est évidemment parti d'une conception erronée de la loi étrangère, que l'on avait toutefois, ainsi qu'il devait être, fait prouver par des experts (2).

Il s'est présenté devant les tribunaux français des cas de nullité de mariage, qui confirment pleinement les principes énoncés dans l'instruction de M. Cass, et dont la doctrine sur la non exterritorialité s'applique également aux mariages des nationaux de l'ambassade et à ceux d'autres citoyens ou d'habitants du pays.

En 1857, un individu épouse en France une anglaise; le mariage est célébré à Paris à l'hôtel de la Légation des Etats-Unis d'Amérique, par un pasteur protestant, devant le ministre américain, et en présence de témoins. Le mari, natif de la Nouvelle-Orléans, se présente comme citoyen des Etats-Unis, et l'acte de mariage lui attribue cette qualité. Cependant il paraît constant qu'il est né de parents français, n'ayant jamais aliéné leur nationalité, et que, par conséquent, il est lui-même, aux yeux de la loi française, Français d'origine, et n'a jamais cessé de l'être. Sa femme, se

(1) *The American law Review*, Jan. 1868, vol. II, pp. 218 sqq; MERRILL, *Marriage as affected by the conflict of laws*.

(1) ALLEN's *Reports*, vol. V., p. 256, Loring vs. Thorndike.

prévalant de cette circonstance, saisit le tribunal de la Seine d'une action en nullité de mariage. Aucun vice radical touchant au consentement ou à la capacité matrimoniale des époux n'est invoqué, la question de forme seule est en discussion. L'officier qui a présidé au mariage, a-t-on dit, n'avait aucun caractère public en France, au moins comme fonctionnaire chargé de dresser un acte de l'état civil de personnes qui n'appartiennent pas à la nation dont il est le représentant, et l'acte doit être déclaré non avenu. L'exterritorialité, dit le tribunal, est en effet un privilége diplomatique qui a pour objet et aussi pour limite la protection de l'indépendance et de la dignité du ministre étranger; celui-ci n'a aucun intérêt légitime à couvrir de ces immunités une cérémonie semblable, peu importe d'ailleurs qu'elle ait eu lieu dans son hôtel et avec son concours, par ignorance de la nationalité vraie des personnes, ou même en connaissance de cause. Le mandat qu'il remplit n'a rien à démêler avec cette sorte d'immixtion dans les droits souverains de la puissance auprès de laquelle il est accrédité. Le tribunal de la Seine a en conséquence décidé que le mariage ne pouvait être assimilé à un acte qui aurait été régulièrement passé aux Etats-Unis (1).

La question de l'exterritorialité diplomatique dans ses rapports avec le mariage revint encore devant les tribunaux français en 1868-9, sur la demande formée aux fins de faire inscrire au registre de la mairie un mariage contracté entre le comte M...., Français, domicilié à Paris et Mlle M..., Américaine, à la légation américaine à Paris, alors que le maire avait refusé de le célébrer, faute de documents réguliers.

Les documents ayant été régularisés, les époux revinrent devant le maire pour réclamer, soit la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de célébration de leur mariage, soit, s'il n'en reconnaissait pas la validité, la célébration d'un nouveau mariage.

Le tribunal de la Seine rendit le 11 décembre 1868 le jugement suivant :

« Attendu que le mariage a été célébré à la légation des Etats-Unis d'Amérique et devant le ministre compétent, que ce mariage intervenu dans ces circonstances entre un français et une étrangère est réputé avoir été contracté en pays étranger, que, aux termes de l'art. 171 du Code Napoléon, l'acte de célébration doit être transcrit sur le registre public des mariages du lieu du domicile du Français, ordonne la transcription. »

Sur l'appel de ce jugement, la cour impériale rendit un arrêt ainsi conçu :

« Considérant que M., sujet français, a rempli les formalités de publication

(1) *Le Nord*, 20 janvier 1865.

de son mariage avec M., étrangère, que le maire du 8[me] arrondissement de Paris a refusé de procéder à la célébration dudit mariage à cause des énonciations d'un acte de l'état civil de la commune d'Hyères du 23 octobre 1866, qui désignait la fille M. comme étant dans les liens d'un précédent mariage; que le 8 juillet 1868 la fille M. a intenté devant le tribunal de la Seine une demande pour faire ordonner qu'il serait passé outre à la célébration; mais que, sans attendre la décision du tribunal, De M. et la fille M. se sont présentés le 29 juillet à la Légation des Etats-Unis d'Amérique, où a été dressé, par le chapelain de la légation, un acte qualifié certificat de mariage, dont la transcription est demandée en vertu de l'art. 171 du Code Napoléon; Considérant que l'officier de l'état civil français n'est pas tenu de déférer sans aucun contrôle à toute réquisition de transcription; qu'il est de son devoir d'examiner l'acte qui lui est présenté et d'exiger, en cas de difficulté, que sa responsabilité soit couverte par ordre de justice; Considérant que le mariage contracté en pays étranger, dont s'occupe l'art. 171 du Code Napoléon, est celui qui a été contracté sur le sol étranger, puisque la transcription doit en être opérée dans les trois mois du retour du Français sur le territoire de l'empire; Qu'ainsi le texte même de cette disposition ne permet pas de l'appliquer à un mariage sur le sol français dans l'hôtel d'un agent diplomatique;

» Considérant que de M. ne pouvait contracter mariage que dans les conditions énoncées en l'art. 165 du Code Napoléon; que l'acte ou certificat du 29 juillet 1868 dont on s'appuie pour établir un prétendu mariage, ayant été dressé pour échapper aux prescriptions de cet article, n'a aucune valeur, n'établit aucun lien, et ne produit aucun effet entre les personnes qui y ont concouru; que la demande à fin de transcription de cet acte est repoussée par l'esprit comme par les termes de la loi; Considérant d'autre part que la fiction du droit des gens qui répute continuation du territoire étranger la demeure des agents diplomatiques, a uniquement pour objet d'assurer l'inviolabilité de la personne de ces agents et les immunités résultant de ce principe; considérant qu'il n'existe aucun empêchement légal à la célébration du mariage, ordonne que sur le vu du présent arrêt, il sera par devant l'officier de l'état civil du 8[me] arrondissement procédé à la célébration du mariage de M. et M. »

Dans son plaidoyer, le premier avocat général avait cité un jugement inédit du tribunal de la Seine du 12 septembre 1845 par lequel il a été décidé qu'un mariage à l'ambassade anglaise entre un Français et une Anglaise ne peut être considéré par l'officier de l'état civil comme constituant un précédent mariage: qu'il n'est pas nécessaire d'en faire prononcer préalablement la nullité par une action directe et séparée, ni même succédante, et qu'il serait passé outre au mariage sans se préoccuper d'un acte inefficace (1).

(1) *Gaz. des tribunaux*, 7 avril 1869.

Dans un autre cas, lors de l'ouverture de la succession d'un Anglais, marié à une Française à l'ambassade anglaise à Paris, le tribunal civil de la Seine a décidé, le 16 avril 1869, que le mariage étant contracté en France aurait dû, pour être valide, être célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la femme; Que s'il avait été célébré en pays étranger, il aurait dû l'être dans les formes usitées au dit pays : Attendu que l'intérieur de l'ambassade anglaise ne peut être considéré comme terre étrangère, comme état étranger dans le territoire français; Que si selon le droit des gens, l'ambassade anglaise est dite être la nation elle-même qu'elle représente, cette fiction d'exterritorialité a été établie pour assurer l'inviolabilité des agents diplomatiques, et ne peut être étendue au-delà des limites déterminées par le droit des gens et les traités internationaux (1).

Le *Guide pratique des consulats*, annoncé comme publié sous les auspices du ministère des affaires étrangères, réclame pour les fonctionnaires français des droits quant à la célébration des mariages, qu'on peut à peine concilier avec les jugements que nous venons de citer:

« Ce droit des agents diplomatiques et consulaires de célébrer le mariage des Français établis dans leur résidence, découle de la compétence absolue que leur confère l'art. 48 du Code Napoléon pour la réception de tous les actes de l'état civil.

» L'art. 170 du même Code, » disent de Clercq et de Vallat, « en déclarant valable le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étrangers, lorsqu'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, précédé des publications légales, et que le Français n'a pas contrevenu aux dispositions générales de la loi, n'a pas établi d'exception au principe posé par l'art. 48; il a seulement voulu donner aux Français une faculté de plus pour la célébration de leur mariage hors du territoire de l'empire.

» Lorsque les contractants sont tous deux Français, il leur est donc loisible de se marier devant l'agent de leur pays ou conformément aux usages locaux. Si, au contraire, l'un d'eux était étranger, l'agent français cessant d'être compétent, le mariage devrait forcément être célébré dans les conditions prévues par l'art. 170 du Code Napoléon. A plus forte raison, un mariage contracté à l'étranger entre deux étrangers devant un agent français serait-il radicalement nul, a raison de l'incompétence absolue de l'officier de l'état civil devant lequel il aurait été célébré (2). »

L'art. 48 auquel on se réfère pour les mariages des Français en pays

(1) *Gaz. des tribunaux*, 15 juin 1869.

(2) De Clercq et de Vallat, *Guide pratique des Consulats*, T. I, pp. 397 et 398.

étranger est ainsi conçu : « Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls. » Cet article ne s'étend pas même en termes formels aux mariages, et se borne nécessairement aux actes que les consuls étaient autorisés à faire avec le consentement du gouvernement où ils sont établis, et parmi lesquels le droit de célébrer les mariages n'est nulle part compris. On ne cite aucune loi, ni ordonnance ni arrêté du gouvernement qui les y autorise. Ce n'est que par un argument *à contrario* que l'on induit cette faculté d'un arrêt de cassation du 10 août 1819, et de deux circulaires du ministre des affaires étrangères du 4 novembre 1833 et du 23 juillet 1850, qui sont seulement dirigés contre la célébration des mariages entre un Français et un étranger ou entre deux étrangers. Les auteurs du Code ne reconnaissent pas d'autres mariages des Français à l'étranger que ceux qui sont contractés selon la loi du pays où ils sont conclus. « Nous ne refusons pas, » dit Portalis, « aux Français le droit de contracter mariage en pays étranger, ni celui de s'unir à une personne étrangère. La forme du contrat est réglée alors par les lois du lieu où il est passé (1). »

Quant aux pays non-chrétiens il en est tout autrement, comme nous l'avons déja expliqué dans le cas de l'Angleterre et des États-Unis. D'après l'ordonnance de 1781, les Français qui résident dans le Levant ne peuvent contracter mariage qu'après avoir obtenu la permission de l'Empereur. Le Conseil d'État a été d'avis que cette disposition n'appartient pas au droit civil, mais au droit public, et que, se rattachant à des intérêts diplomatiques, elle n'a pas été abrogée par le Code (2).

Aucun mariage ne peut être célébré par un agent diplomatique ou consulaire, s'il n'a été précédé des publications prescrites par les lois françaises (3).

Une loi *prussienne* en date du 3 avril 1854 pourvoit au mariage des sujets prussiens dans les pays non-européens. En considération de l'impossibilité de faire constater les naissances, les mariages et les décès à l'étranger par des membres du clergé évangélique, les consuls prussiens sont autorisés à cet effet. Il est pourvu, selon la loi du pays de résidence des parties, à la publication des bans, à l'acte de naissance, au consentement des parents ou des tuteurs. Toutefois le consul peut dispenser de

(1) *Motifs du Code*, tom I, p. 107.
(2) *Circulaire des Affaires étrangères*, du 19 juillet 1826.
(3) *Ordonn.* du 23 oct. 1833, art. 15; C. Nap., art. 192.

ces formalités, s'il est personnellement au courant des faits, ou s'ils sont autrement prouvés de manière à le satisfaire. Les parties déclarant mutuellement leur intention d'être unies par les liens du mariage, le consul les déclare, en vertu de la loi, légalement mariées. Un mariage par devant un consul est pleinement valable, mais il doit exiger des parties l'engagement de le faire bénir par l'église aussitôt que l'occasion s'en présentera [1]. D'après la loi de la Confédération de l'Allemagne du Nord du 8 novembre 1867, « le droit des Consuls de conclure des mariages, de les enregistrer, de même que les naissances ou décès des nationaux de l'Union, est déterminé par les lois de chaque État de l'Union jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale réglant ces attributions. Lorsque, d'après les lois du pays, cette attribution est soumise à une autorisation particulière, c'est le chancelier fédéral qui l'accorde sur la proposition du gouvernement de ce pays [2].

Dans le discours d'ouverture du parlement fédéral, le 14 février 1870, il est dit :

« Vous recevrez communication d'un projet de loi relatif au règlement réservé dans la législation des consulats fédéraux, lequel autorise les consuls fédéraux à faire les mariages et à tenir l'état-civil [3]. »

Nous avons présenté cet aperçu des lois du mariage dans les différents pays, non seulement comme constituant une branche des plus intéressantes de la législation comparée, mais aussi parce que la validité d'un mariage (quelque autre condition que l'on puisse y ajouter), devant être déterminée par la loi du pays où il est contracté, les lois sur le mariage de chaque pays peuvent être en un certain sens considérées comme faisant partie des lois de tous les autres pays.

Autrefois les conflits des lois au sujet de mariages conclus avec des étrangers se présentaient rarement. Mais si l'on considère l'extension des rapports intimes entre les peuples de tous les pays civilisés, provenant de l'application de la vapeur à la navigation et aux chemins de fer, et de l'électricité à la télégraphie ; si l'on se rappelle que voyager n'est plus seulement l'affaire de ceux qui font le commerce, mais qu'il y a toujours dans des pays autres que leur propres pays plusieurs milliers de familles, comprenant un nombre indéfini de personnes des deux sexes

(1) Koch, *Allgemeines Landrecht mit Kommentar*, vol. III, p. 59.
(2) *Archives diplomatiques*. 1869. t. IV, p. 1365.
(3) *Mémorial diplomatique*, 1870, p. 110.

ayant l'âge requis pour contracter mariage, « on conçoit » comme l'a très bien dit un commentateur américain, « jusqu'à quel point est urgente la nécessité d'une règle commune qui soit reconnue dans tous les pays, afin que les tribunaux puissent décider, d'après cette règle, si les parties sont mariées ou non. Une telle règle devrait s'appliquer aux cas où les parties ne sont que de passage dans le pays où le mariage a lieu, aussi bien qu'à ceux où elles y sont domiciliées [1]. »

Il est étonnant que les traités de 1868, conclus par les États-Unis avec les États d'Allemagne et la Belgique, et celui qui est projeté avec l'Angleterre, pour faire reconnaître le droit de changer de nationalité, n'aient pas pourvu aux moyens de légaliser les mariages entre nationaux de différents pays, mariages dont le nombre ne peut qu'augmenter, à raison même des principes cosmopolites qu'ils établissent, et dont l'abolition du droit d'aubaine semble être une conséquence presqu'indispensable.

Nous n'ignorons pas la difficulté de faire établir un Code uniforme, entièrement basé sur des systèmes aussi divers que ceux auquel l'ancien droit romain et la loi commune anglaise ont donné naissance; mais ne serait-il pas possible de faire des droits de mariage et de succession l'objet de traités semblables aux traités de naturalisation qu'on discute aujourd'hui [2] ?

---

(1) Bishop, *On marriage and divorce*, vol I, § 363, p. 303.

(2) V. *Archives diplomatiques*, 1869, t. III, p. 1189; *Treaties of the United States*, 1868, p. 116.

Les tentatives faites pour introduire le mariage civil obligatoire dans le Danemark ont échoué jusqu'ici. Toutefois la loi du 13 août 1851 a apporté de profondes modifications à la loi antérieure sur le mariage. Les deux premiers paragraphes de cette loi en expliquent la portée.

Ils déclarent § 1 que « lorsqu'un homme et une femme, qui n'appartiennent ni à l'église nationale ni à quelque autre société religieuse reconnue par l'État et ayant des ministres autorisés à célébrer les mariages, désirent contracter mariage, celui-ci peut-être célébré avec pleine validité civile par devant l'autorité civile, et sans consécration religieuse.

§ 2. Le mariage peut être conclu de la même manière, même entre personnes appartenant à une dénomination religieuse reconnue par l'État. » (FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschliessung,* p. 647-651.)

Un des collaborateurs de cette Revue, M. Hindenburg, avocat à la Cour suprême et député à Copenhague, en appelant notre attention sur le mariage civil en Danemark, ajoute : « L'institution des fiançailles (*Verlöbniss*) est complètement abolie par une loi du 4 janvier 1799. Tout engagement de contracter mariage est chez nous de nul effet. La seule exception à cette règle est que, lorsqu'une fille innocente a été séduite et rendue enceinte sur une promesse de mariage, le séducteur peut être forcé de l'épouser. »

